



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

RELATORIA

Moreno Macias Henry

Relator

BOLETIN 07

2017



Sala de Gobierno 2017 2018

Presidente Dr. Julián Alberto Villegas Perea

Vicepresidente Dr. Roberto Felipe Muñoz Ortiz

SALA CIVIL

Presidente Dr. Jorge E. Jaramillo Villarreal

Vicepresidente Dr. Flavio Eduardo Córdoba Fuertes

SALA DE FAMILIA

Presidente Dr. Juan Carlos Ángel Barajas

Vicepresidente Dr. Carlos Hernando Sanmiguel Cubillos

SALA LABORAL

Presidente Dr. Ariel Mora Ortiz

Vicepresidente Dr. Martín Fernando Jaraba Alvarado.

SALA PENAL

Presidente Dr. Orlando de Jesús Pérez Bedoya

Vicepresidente Dr. Carlos Antonio Barreto Pérez

Magistrados que integran la Corporación.

SALA CIVIL

Carlos Alberto Romero Sanchez.	Flavio Eduardo Córdoba Fuertes
Ana Luz Escobar Lozano	Jorge E. Jaramillo Villarreal
César Evaristo León Vergara	Homero Mora Insuasty
Hernando Rodríguez Mesa	José David Corredor Espitia
Julián Alberto Villegas Perea	

Secretaria: María Eugenia García Contreras

RESTITUCION DE TIERRAS.

Aura Julia Realpe Oliva	Gloria del Socorro Victoria Giraldo
Nelson Ruiz Hernández.	

Secretaria: Gloria Lucía Zapata Londoño

SALA DE FAMILIA

Franklin Torres Cabrera	Carlos Hernando Sanmiguel Cubillos
Gloria Montoya Echeverry	Juan Carlos Ángel Barajas.

Secretario: Katherine Gómez

SALA LABORAL

Antonio José Valencia Manzano	Carlos Alberto Carreño Raga
Aura Esther Lamo Gómez	Luis Gabriel Moreno Lovera
Jorge Eduardo Ramírez Amaya	Carlos Alberto Oliver Gale
Germán Varela Collazos	Ariel Mora Ortíz
Carlos Freddy Aracú Benítez	Leomara del Carmen Gallo Mendoza
Elcy Jimena Valencia Castrillón	Elsy Alcira Segura Díaz

Secretario: Jesús Antonio Balanta

SALA PENAL.

Víctor Manuel Chaparro Borda	Orlando de Jesús Pérez Bedoya
Orlando Echeverry Salazar	María Consuelo Córdoba Muñoz
Socorro Mora Insuasty	Leoxmar Benjamín Muñoz Alvear
Roberto Felipe Muñoz Ortíz	Juan Manuel Tello Sánchez
Carlos Antonio Barreto Pérez	

Secretario: María Cristina Paz

Henry Moreno Macías
Relator



COLABORADORES

Juan José Andrade Arce

Ana María Mafla

María Angélica García Gereda

José Enrique Molineros

Diego Fernando Moreno Borrero

Universidad Javeriana Cali

Universidad Javeriana Cali

Universidad Javeriana Cali

Universidad Santiago de Cali

Universidad Libre de Cali

SALA CIVIL

ACUMULACIÓN DE PROCESOS. Declaratoria de la nulidad de escritura pública

Rad. 014 2013 00103 01 (01 06 2017)

Dr. Flavio Eduardo Córdoba Fuertes.

CONTESTACION DE DEMANDA. Rechazo por extemporánea. Notificación por conducta concluyente. Proceso de pertenencia.

Rad. 002 2003 00048 03 (05 06 2017)

Dr. Carlos Alberto Romero Sánchez

CONTRATO DE COMPRAVENTA. Enajenación de un inmueble embargado

Rad. 009 2012 00259 03 (14 06 2017) Acta 052.

Dr. César Evaristo León Vergara

DESISTIMIENTO TACITO. Simulación de contratos de compraventa. Si bien el tiempo otorgado por el juzgado en providencia del 5 de octubre de 2016 se encontraba vencido, también lo es que la providencia del 2 de diciembre del mismo año, ata al juzgado, en cuanto dio nueva oportunidad a la parte actora en impulsar el proceso tendiente a adelantar la notificación que tanto se ha mencionado, por tanto en el auto recurrido no debía desconocerse dicha providencia dictada por el propio despacho.

Rad. 008 2015 00259 01 (15 05 2017)

Dr. José David Corredor Espitia.

DESISTIMIENTO TACITO. Ejecutivo con título hipotecario. Los presupuestos consagrados para esta forma de terminación del proceso, no se presentaron en este asunto, dado que la carga impuesta no correspondía exclusivamente a la parte demandante, y en tanto que existía la facultad oficiosa en cabeza del juez de adelantar igualmente la reseñada actuación requerida.

Rad. 004 1998 00559 01 (06 06 2017)
Dr. Carlos Alberto Romero Sánchez

DESISTIMIENTO. Presupuestos. Pertenencia.

Rad. 013 2011 00145 01 (08 06 2017)
Dr. Carlos Alberto Romero Sánchez

INADMISIÓN DE DEMANDA. Proceso divisorio

Rad. 006 2016 00220 01 (13 06 2017)
Dr. Julián Alberto Villegas Perea

INCIDENTE DE NULIDAD POR INDEBIDA NOTIFICACIÓN. Notificación por correo electrónico. Circunstancias que rodearon el trámite procesal adelantado fueron soportadas conforme a las reglas del C.P.C. y no las disposiciones del C.G.P.

Rad. 001 2015 00093 01 (12 05 2017)
Dr. José David Corredor Espitia.

PERTENENCIA. Prescripción ordinaria adquisitiva de dominio. Justo título como condición necesaria para predicar la posesión regular. Saneamiento de nulidad.

Rad. 005 2011 00491 01 (14 06 2017) Acta 962.
Dr. Julián Alberto Villegas Perea

PERTENENCIA. Prescripción Extraordinaria Adquisitiva de Dominio. Ejidos del Municipio de Santiago de Cali. Aunque el Municipio puede enajenar sus bienes ejidales, aquí no se probó que tal acto sucedió, no es posible acceder a las pretensiones de la demanda, la demandante necesariamente debe acudir a los mecanismos administrativos correspondientes para que la propiedad del bien pase a manos de particulares.

Rad. 015 2009 00188 02 (16 06 2017)
Dr. Jorge Jaramillo Villarreal.

RECURSO DE APELACIÓN Objeción de costas. Liquidación del crédito.

Rad. 012 1993 15231 02 (15 06 2017)
Dr. José David Corredor Espitia.

RESPONSABILIDAD MÉDICA. Pérdida de oportunidad

Rad. 003 2012 00307 02 (18 05 2017) Acta 043.
Dr. César Evaristo León Vergara

RESPONSABILIDAD MÉDICA. Falla medica producto de un diagnóstico tardío. Valoración de prueba pericial. Demanda verbal de responsabilidad civil contractual por falla médica en contra de una EPS por los perjuicios sufridos como consecuencia de diagnóstico tardío de la lesión tumoral, que presentaba el paciente que concluyó en la enucleación de su ojo derecho.

Rad. 008 2015 00065 01 (05 05 2017) Acta 951
Dr. Julián Alberto Villegas Perea

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL MÉDICA. Pérdida de oportunidad. Persona a quien se le diagnosticó TOXOPLASMOSIS RETINAL ACTIVA. Suministro de medicamento no POS. . El cumplimiento tardío o defectuoso de la obligación legal y contractual de la EPS demandada en prestar de manera adecuada el servicio de salud que requería el

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 7 2017

demandante frente a la autorización de la “*Inyección Intravitrea de Triamcinolona ojo derecho*”, fue la causa efectiva de la producción del daño derivado de la pérdida de la oportunidad de curarse o no empeorar.

Rad.014 2012 00360 01 (18 05 2017) Acta 955

Dr. Julián Alberto Villegas Perea

SALA LABORAL

BENEFICIO EDUCATIVO. Auxilio educativo convencional. No se puede invocar falta de disponibilidad presupuestal para desconocer el derecho a disfrutar del beneficio educativo.

Rad. 011 2014 00578 01 (26 04 2017)

Dra. Elsy Alcira Segura Díaz

CALIFICACION DE INVALIDEZ, Modificación de un dictamen de pérdida de capacidad laboral

Rad. 008 201100604 01 (16 05 2017) Aud.110.

Dr. Jorge Eduardo Ramírez Amaya

CONTRATO DE TRABAJO Cooperativa de trabajo asociado Teoría del contrato realidad.

Rad.003 2011 01583 01 (23 06 2017)

Dr. Luis Gabriel Moreno Lovera

PENSIÓN DE INVALIDEZ Prescripción. Intereses moratorios.

Rad. 008 2015 00702 01 (26 04 2017) acta 049

Dra. Elcy Alcira Segura Díaz

PENSIÓN DE INVALIDEZ. Actor solicita indemnización sustitutiva. Actor no acreditó una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 50% que genere el reconocimiento de la pensión de invalidez

Rad. 002 2011 01231 01 (06 04 2017)

Dra. Elcy Alcira Segura Díaz

PENSION DE SOBREVIVIENTE. Condición más beneficiosa. Dependencia económica de madre con relación a su hija fallecida.

Rad. 012 2015 00737 01 (25 01 2017) Acta 013.

Dr. Germán Varela Collazos

TRANSICION. Régimen especial anterior de los empleados oficiales. No le es dable a ningún asegurado que una vez ha reclamado, obtenido y disfrutado la pensión de régimen especial en transición, como la de Ley 33 de 1985, reclamar la de la ley 100 plena, o pretender injertar a su régimen bajo el cual se pensionó una tasa –por simples razones de beneficio o conveniencia-, pero que viola el principio de unidad e inescindibilidad del ordenamiento jurídico bajo el cual se pensionó, el cual gobierna toda su situación pensional y, en principio, la de sus causahabientes, por fallecimiento.

Rad. 005 2010 01243 01 (03 03 2017) acta 007

Dr. Luis Gabriel Moreno Lovera

SALA PENAL

ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS. Para la época de los hechos, todos eran menores de edad, tanto indiciados como víctima. Extinción de la acción penal por prescripción por el delito de Actos Sexuales con Menor de 14 Años.

Rad. 177 2015 00677 01 (20 04 2017) Acta 116.
Dr. Orlando Echeverry Salazar
Aclaración de Voto: Dra. Gloria Montoya Echeverri

ACCIÓN DE REVISIÓN, Presupuestos esenciales. Para instaurar la acción de revisión a través de apoderado se requiere otorgarle poder especial.

Rad. 000 2017 00282 00 (21 03 2017) Acta 085.
Dr. Orlando Echeverry Salazar

ALLANAMIENTO A CARGOS. Retracción.

Conducta punible: Receptación., Fraude procesal, Concierto para delinquir.
Rad. 000 2015 00314 00 (31 03 2017) Acta 097.
Dr Juan Manuel Tello Sánchez

ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO. Retracción. Testimonio de la víctima, La declaración de la madre de la víctima. Valoración integral de la prueba.

Rad. 000 2013 00456 00 (21 07 2017) Acta 180 A
Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda
Salvamento de Voto: Dr. Carlos Antonio Barreto Pérez

COMPETENCIA. Acumulación jurídica de penas. Lesiones Personales Dolosas

Rad. 000 2017 00210 00 (21 03 2017) Acta 084.
Dr. Orlando Echeverry Salazar

BENEFICIO ADMINISTRATIVO. Permiso de hasta 72 horas. Prohibición de beneficios y mecanismos sustitutos para quienes sean juzgados, entre otros, por delitos ofensivos de la Libertad, integridad y formación sexual siendo la víctima un menor de edad.

Conducta punible: Acceso carnal violento e Incesto
Rad. 231 2009 00893 01 (11 07 2017) Acta 192.
Dr. Orlando Echeverry Salazar

BENEFICIO ADMINISTRATIVO. Permiso hasta por 72 horas. La exigencia de haber descontado el 70% de la pena impuesta para efectos del otorgamiento del permiso administrativo de 72 horas se encuentra aún vigente en el ordenamiento jurídico.

Rad. 000 2006 03467 01 (28 02 2017) Acta 073.
Dra. Socorro Mora Insuasty

BENEFICIO ADMINISTRATIVO. Permiso hasta de 72 horas. Actos Sexuales con menor de 14 años

Rad. 193 2008 11541 01 (06 02 2017) Acta 023.
Dra. Socorro Mora Insuasty

BENEFICIO ADMINISTRATIVO. 72 Horas. Permiso para salir del centro de reclusión sin vigilancia. Conducta punible: Porte de armas. Constreñimiento ilegal. Hurto calificado agravado. Utilización de uniformes e insignias.

Rad. 624 2010 80771 01 (19 04 2017) Acta 119.
Dr. Roberto Felipe Muñoz Ortiz.

BENEFICIO ADMINISTRATIVO. PERMISO HASTA DE 72 HORAS. Calificación de buena conducta. Excepción de inconstitucionalidad. Principio de progresividad. Finalidad resocializadora de la ejecución de la pena. Frente al beneficio administrativo el hecho de que el interno haya sido sancionado disciplinariamente por faltas al interior del establecimiento carcelario no necesariamente le implica la pérdida definitiva de la posibilidad de acceder a salir de la cárcel por un determinado número de horas.

Conducta punible: Homicidio Agravado y Porte Ilegal de Armas
Rad. 012 2006 00224 01 (01 08 2017) Acta 192

Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda.

HOMICIDIO CULPOSO. Accidente de tránsito. Prueba indiciaria.

Rad. 293 2007 21879 00 (28 07 2017) Acta 208.

Dr. Roberto Felipe Muñoz Ortiz.

IMPEDIMENTO. Manifestación de impedimento. Amistad íntima entre juez y los defensores de la causa.

Rad. 199 2014 02657 00 (16 06 2017) Acta 163

Dra. María Consuelo Córdoba Muñoz

LAVADO DE ACTIVOS. Extinción de dominio

Rad. 003 2012 00002 00 (24 07 2017) Acta 131

Dr. Carlos Antonio Barreto Pérez

LESIONES PERSONALES CULPOSAS. . Accidente de tránsito. Valoración probatoria. Prueba testimonial. Testimonio de agente de tránsito. Comportamiento del conductor, pasajero o peatón. Giros en cruce de intersección. Todos los usuarios de la vía están obligados a obedecer las señales de tránsito. Todo conductor de un vehículo deberá abstenerse de realizar o adelantar acciones que afecten la seguridad en la conducción del vehículo automotor, mientras éste se encuentre en movimiento.

Rad. 196 2010 02969 00 (02 08 2017) Acta 211.

Dr. Juan Manuel Tello Sánchez

OMISION DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR, Allanamiento de cargos, Incidente de Reparación Integral.

Rad. 199 2014 00219 (19 04 2017) Acta 103.

Dr. Juan Manuel Tello Sánchez

OMISION DE AGENTE RETENEDOR. Suspensión de la ejecución de la pena. Condición de servidor público a todo aquel particular a quien se le encarga la labor de recaudar tasas o contribuciones públicas.

Rad. 015 2011 00059 00 (28 02 2017) Acta 079

Dr. Roberto Felipe Muñoz Ortiz

PADRE CABEZA DE FAMILIA. Prisión domiciliaria. No puede ser formador en valores de un niño quien utilizó a otro para quitarle la vida a un semejante y se ha dedicado a violar sistemáticamente la ley. Problemas de hacinamiento en la cárcel no lleva a concluir que se debe conceder la prisión domiciliaria.

Rad. 006 2002 00233 01 (06 03 2017) Acta 046.

Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda.

PRESUNCION DE INOCENCIA. Apreciación del testimonio. Los testimonios de los miembros de la Sijin deben ser valorados conforme a los criterios de la apreciación de la prueba que impone el artículo 404 del C. P. P.

Conducta punible: Violencia contra servidor público y Porte de Estupefacientes

Rad. 172 2012 00816 00 (12 06 2017) Acta 139.

Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda.

PRESUNCION DE INOCENCIA. Principio de congruencia. Conducta punible: Aborto

Rad. 193 2012 80284 00 (04 08 2017) Acta 221.

Dr. Roberto Felipe Muñoz Ortiz.

PRESUNCION DE INOCENCIA. Prevaricato por Omisión. Se necesita que el servidor público se dé cuenta de la conducta omisiva que está generando. No basta que se genere por un acto de negligencia o descuido o ignorancia.

Rad. 717 2010 00086 00 (01 08 2017) Acta 210.

Dr. Juan Manuel Tello Sánchez

PRUEBA PERICIAL. Descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física. Comparecencia de los peritos a la audiencia.

Homicidio culposo.

Rad. 193 2014 81171 (11 08 2017) Acta 226.

Dr. Juan Manuel Tello Sánchez

PRUEBA PERICIAL. Prueba documental. Solicitudes probatorias. Acto sexual abusivo con incapaz de resistir.

Rad. 199 2015 22482 00 (29 06 2017) Acta 177.

Dr. Juan Manuel Tello Sánchez

PRUEBA TESTIMONIAL. Reglas sobre el interrogatorio. Testimonio de policía judicial. Interrogatorio a perito. Principio de concentración. Prueba de referencia.

Conducta punible: Homicidio agravado. Homicidio agravado en grado de tentativa. Porte de Armas. Coautoría.

Rad. 193 2011 30523 00 (28 06 2017) Acta 173.

Dra. María Consuelo Córdoba Muñoz

RECURSO DE APELACION.. Audiencia Preparatoria. El a quo no podía conceder el recurso de apelación interpuesto contra la decisión de ordenación de las pruebas específicas a la Fiscalía cuando claramente lo que el defensor planteó es un problema de ilegalidad de los mismos pues, se repite, salvo en los casos de ilicitud de la prueba, el recurso de apelación únicamente procede contra el auto que la niega y este no es el caso aquí.”

Conducta punible: Omisión de Agente Retenedor.

Rad.199 2010 02342 00 (21 06 2017) Acta 149.

Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda

RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION. Prórroga. Requisitos.

El apoderado allegó memorial solicitando se le prorrogue el término legal por el doble estatuido para sustentar la demanda de casación aduciendo que no conoce la actuación porque no actuó como defensor en ninguna de las etapas.

Rad. 002 2010 00193 00 (11 07 2017) Acta 191.

Dr. Juan Manuel Tello Sánchez.

SUSPENSION CONDICIONAL DE LA EJECUCION DE LA PENA. Sentencia anticipada.

Conducta punible: Tráfico de Estupefacientes.

Rad. 002 2016 0000601 (31 07 2017) Acta 209.

Dr. Juan Manuel Tello Sánchez.

TUTELAS

ACCION DE TUTELA. No procede contra actos administrativos. Pensión de vejez. Reducción de mesada pensional en cumplimiento a sentencia judicial.

Rad. 018 2017 00028 01 (09 08 2017) Acta 200.

Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda

ACCION DE TUTELA. Nulidad. Integración de contradictorio. Debido proceso. Derecho a la educación. Bajo Rendimiento Académico. Autonomía universitaria.

Rad.016 2017 0002901 (24 07 2017) Acta 196.
Dr. Juan Manuel Tello Sánchez

ACCIÓN DE TUTELA. Agente oficiosa. Violencia Intrafamiliar. El estado de privación de la libertad no constituye impedimento u obstáculo para que en su propio nombre ejercite la acción preferencial.

Rad. 000 2017 0070000 (1907 2017) Acta 201.
Dr. Orlando Echeverry Salazar

Salvamento de Voto: Las personas privadas de la libertad se encuentran en situación de debilidad manifiesta, derivada de la relación de sujeción especial con el Estado.
Salvamento de Voto: Dr. Leoxmar Benjamín Muñoz Alvear

ACCION DE TUTELA. Debido proceso, Igualdad e Identidad cultural. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Accionantes pretenden por la vía de la acción de tutela cuestionar la decisión del juez mediante la cual les negó el cambio de reclusión conforme a su calidad de indígenas.

Rad. 000 2017 00826 00 (31 08 2017) Acta 149
Dr. Carlos Antonio Barreto Pérez

ACCION DE TUTELA. Carencia actual de objeto por hecho superado. Procedencia excepcional de la Acción de tutela contra providencia judicial que resuelve incidente de desacato. Libertad personal. Buen nombre. Familia. Derecho del niño. Principio de favorabilidad. Acceso a justicia. Debido proceso.

Pretende la accionante que se decrete la nulidad de todas las sanciones impuestas por desacato.

Rad. 000 2017 00193 00 (26 04 2017) Acta 042.
Dr. Flavio Eduardo Córdoba Fuertes.

SALA CIVIL

ACUMULACIÓN DE PROCESOS. Declaratoria de la nulidad de escritura pública

Extracto:

“El apoderado judicial de la parte demandante consideró que la demanda acumulada presentada si es procedente ya que cumple los requisitos del artículo 157 del C.P.C., norma que es aplicable al trámite.

Antes de continuar hay que advertir que la solicitud de acumulación de procesos (10 de febrero de 2015) se realizó en vigencia del Código de Procedimiento Civil, por tanto, la norma aplicar será esa y no el Código General del Proceso que trae consigo una modificación sustancial que aplicaría al caso en comento.

Avanzando en nuestro razonamiento, se advierte que es acertada la decisión tomada por el *a quo* y que por el contrario no le asiste razón al apoderado judicial de la parte demandante.

De la revisión del artículo 157 *ibidem*, se infiere que para que proceda la acumulación de un proceso a otro debe cumplirse varios requisitos, que puede dividirse en principales y secundarios:

Principales: (i) Que se trate de dos o más procesos especiales de igual procedimiento; **(ii)** Que la personas que solicite la acumulación sea parte en alguno de los dos procesos; **(iii)** Y que los procesos se encuentren en la misma instancia.

Cumplido los anteriores requisitos, se revisará los **Secundarios** que son: (i) Cuando las pretensiones formuladas habrían podido acumularse en la misma demanda. (ii) Cuando el demandado sea el mismo y las excepciones propuestas se fundamenten en los mismos hechos, salvo que aquéllas tengan el carácter de previas; (iii) Cuando existan varios procesos de ejecución en los cuales se persiga exclusivamente la misma cosa hipotecada o dada en prenda; (iv) Cuando en los procesos de qué trata el numeral anterior, todos los acreedores que hayan concurrido convengan en que se acumulen a un ejecutivo quirografario que contra el mismo deudor se adelanta por otros acreedores.

En ese mismo sentido tenemos que el artículo 159 que trata el trámite del proceso de acumulación, expresa *“El solicitante expresará las razones en que se apoya, y **si los otros procesos cursan en distintos despachos judiciales, acompañará certificados sobre la existencia de ellos y el estado en que se encuentran...**”* (Negrilla tribunal), de lo anterior, es fácil inferir que la acumulación en vigencia del Código de Procedimiento Civil, sólo procede cuando se trate de procesos que cursen en un mismo juzgado u otros, de manera que la solicitud de acumulación presentada por la parte demandante no es procedente por ser una demanda nueva.

En ese orden de ideas y revisado el escrito de acumulación presentado por el apoderado judicial de la parte demandante, es claro que el mismo no reúne los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Civil (norma aplicable al presente asunto), de ahí que deba confirmarse el auto apelado.

Al margen de lo anterior, es preciso señalar que el estatuto procesal hoy vigente (Código General del Proceso), admite la acumulación de demandas, lo que posibilita al demandante a presentar nuevamente la demanda acumulada, si lo considera pertinente y bajo los nuevos lineamientos que trae la citada norma.”

Rad. 014 2013 00103 01 (01 06 2017) Dr. Flavio Eduardo Córdoba Fuertes.

CONTESTACION DE DEMANDA. Rechazo por extemporánea. Notificación por conducta concluyente. Proceso de pertenencia.

Extracto:

“En cabal acatamiento del respectivo auto, de un lado, se libró el exhorto respectivo, en donde se reiteró que el mismo tenía como fin la notificación del demandado (Fl. 14 C.1 copias), y de otra parte, se llevó a cabo la diligencia de 21 de octubre de 2010, por parte de la Cónsul de Colombia en Milán (Italia), quien si bien procedió a enterar al demandado de la providencia que ordenó la comisión, también le notificó sobre la existencia del proceso, ofreciéndole la información relativa al número de radicación, partes y fecha del auto admisorio de la demanda.

Surge de lo expuesto que contrario a lo que alega la parte recurrente, el exhorto no hizo las veces de un citatorio o no tenía esa limitante, pues el juzgado dejó claro en el auto y la comisión, que esta estaba encaminada a adelantar la notificación. No otra cosa puede deducirse del texto literal de dichas actuaciones, en las cuales además de establecerse – en forma tácita- la improcedencia de expedir el citatorio reclamado por la parte actora, expresamente se advirtió que la diligencia tendría como fin adelantar la notificación del interesado.

3.- A ello se agrega que no resulta determinante para la controversia la diferencia que hace el recurrente entre la notificación del auto admisorio de la demanda y el enteramiento sobre la existencia del proceso, pues como viene de verse, la funcionaria consular ofreció al demandado toda la información atinente al proceso incluida la fecha del auto admisorio del libelo (26 de junio de 2009), enteramiento que ciertamente le permitía atender la defensa

pertinente dentro del mismo, que es a donde apunta la necesidad de que el acto de notificación se lleve a cabo en forma adecuada.

De esta forma, se tiene que, al margen de las particulares condiciones en que se llevó a cabo el enteramiento del demandado, lo cierto es que el mismo quedó debidamente enterado de la actuación adelantada en su contra a través de la diligencia adelantada por el consulado comisionado, sin que pueda aducirse que a partir de allí y hasta cuando se presentó el poder (con fundamento en el cual, inicialmente, se le tuvo por notificado por conducta concluyente), el proceso fue adelantado a sus espaldas, pues se itera, conocía muy bien que había una tramitación adelantándose en su contra, hecho del que además estaba enterado también su apoderado judicial, quien intervino en el proceso en forma previa para advertir que su prohijado no vivía en el país (Fl. 6 C. 1 copias).

En otros términos, los eventuales yerros que pudiesen atribuirse al poco ortodoxo trámite de notificación y los señalamientos que hace el apoderado recurrente, en realidad no permiten establecer que el acto de notificación adelantado en Milán (Italia) es inválido o insuficiente. En sentido opuesto, es evidente que con independencia del contexto en que se desarrolló el trámite, las “falencias” del mismo no aparecen como trascendentes y en realidad es posible afirmar que el acto procesal, en todo caso, cumplió su propósito y no se vulneró el derecho de defensa, de donde la legalidad de lo actuado no amerita controversia, dado el saneamiento de todo eventual yerro (numeral 4° artículo 144 del C. de P. C. y del artículo 136 del C. G. del P

(...)

“4.- Por ese camino, se impone añadir que los cuestionamientos que pudiera hacerse frente al enteramiento del demandado a través del funcionario comisionado en el exterior, también quedaron subsanados, conforme a lo previsto en los artículo 143 y 144 del C. de P. C., por haber actuado el interesado, presentando poder y la respectiva contestación de la demanda (Fls. 28-40 C.1 copias), sin formular alegato referido a la legalidad de la notificación efectuada, quedando así convalidada la misma.

5.- Así las cosas, como ya se advirtió, cumple confirmar la decisión de instancia, pues la contestación de la demanda no fue presentada dentro del término correspondiente, contado el mismo desde la diligencia adelantada por la cónsul comisionada, diligencia que debe ser obligatoriamente atendida como el acto en el que se produjo el enteramiento del demandado XXXX, debido a que su legalidad no fue cuestionada en forma adecuada y además cumplió su finalidad sin atentar contra el derecho de defensa del interesado.”

Radicación 002 2003 00048 03 (05 06 2017) M.P. Dr. Carlos Alberto Romero Sánchez.

CONTRATO DE COMPRAVENTA. Enajenación de un inmueble embargado.

“Se argumenta por el apelante que a pesar de no encontrarse inscrito ningún embargo en la Oficina de Registro Inmobiliario de Popayán, es lo cierto que la traba sobre el inmueble se encontraba ordenada por el Juez 15 Civil del Circuito de Bogotá, en la providencia que dispuso la terminación del proceso, como consta en las respuestas que brindo el Juzgado 15 Civil del Circuito (Fl 164 y s.s.).

Sobre esta hipótesis deberá señalarse por la Sala que no resulta de recibo por que como viene de verse, en los postulados normativos de esta providencia, la medida debe estar vigente al momento de la negociación, y se entiende que está vigente, cuando el decreto del Juez se encuentra acompañado de la inscripción en el registro público, así se consuma el decreto de embargo del Juez.

Dicho en otras palabras, el decreto judicial equivale a un 50% de la medida cautelar y el otro 50% se encuentra en la inscripción del oficio. En el caso que nos ocupa, se insiste que al momento de celebrarse el contrato de compraventa, vale decir el día 9 de julio de 2.008, no existía medida cautelar que afectará el inmueble, independiente de la razón a la que

hubiera obedecido ese estado de cosas. Nótese, como la tesis del apelante, hace depender la vigencia de la medida cautelar solo del decreto de la medida cautelar por parte del Juez, lo cual jurídicamente no tiene ningún asidero.

Tampoco puede ser de recibo la otra hipótesis del apelante, según la cual en la medida que el oficio 853 del Juzgado 15 Civil del Circuito fue falsificado, el embargo de remanentes debe tenerse como válido desde época pretérita, porque al balancear los derechos del acreedor con los del tercero adquirente, resultan muy superiores los de este último, XXXX, - quién se ajustó a la información del registro inmobiliario, y acerca de quien no se ha predicado y mucho menos demostrado dentro de este proceso, malicia o mala fe en la adquisición, debiendo prevalecer en este caso principios como el del error común y la buena fe.

Pero además porque prevalece el interés general sobre el particular, porque de aceptarse la antedicha hipótesis, se estaría menoscabando la credibilidad al sistema de registro inmobiliario, desquiciando así el sistema de producción erigido sobre el reconocimiento y la protección del derecho a la propiedad privada y a los demás derechos reales, al señalar que en ciertos eventos, el justo título y la buena fe no serían suficientes para la adquisición de los bienes inmuebles.

No obstante lo anterior, la Sala de decisión **NO** podrá pasar por alto que dentro del trámite de la actuación se evidencia que, personas por averiguar, incurrieron en el delito de falsedad y uso de documento público en concurso con fraude procesal, con ocasión de la falsificación del oficio 853 emanado del Juzgado 15 Civil del Circuito de Bogotá, razón por la cual se compulsaran copias a la Fiscalía General de la Nación para que se inicien las investigaciones de rigor.”

Radicación 009 2012 00259 03 (14 06 2017) M.P. Dr. César Evaristo León Vergara.

DESISTIMIENTO TACITO. Ejecutivo con título hipotecario. Los presupuestos consagrados para esta forma de terminación del proceso, no se presentaron en este asunto, dado que la carga impuesta no correspondía exclusivamente a la parte demandante, y en tanto que existía la facultad oficiosa en cabeza del juez de adelantar igualmente la reseñada actuación requerida.

Extracto:

“De lo anterior, surge que la mencionada actuación requerida , cual era en ultimas, obtener el avalúo del bien objeto de este asunto, no correspondía a una carga procesal que incumbía exclusivamente a la parte que promovió esta demanda, pues como fue visto, la norma citada prevé que conforme a las condiciones y oportunidades allí determinadas, el avalúo podía ser presentado tanto por el demandante, como por el demandado, y que en caso de que ninguno de ellos lo allegara, se habilitaba al juez la facultad de designar el perito evaluador, o que tratándose de un bien inmueble , como en este caso, aplicar las reglas igualmente allí previstas para ese tipo de bienes.

No obstante, el juez de primer grado pasó por alto atender los anteriores parámetros, y contrario a ello, decidió imponer a la parte ejecutante una carga que no le competía de manera exclusiva, pues para ese momento, ya se encontraba habilitado para él adelantarla de oficio, con lo cual dicha imposición luce caprichosa, y por ende, conlleva a la anunciada revocatoria de la decisión que por vía de apelación se revisa, pues aparece evidente que el juez de instancia , no podía aplicar la consecuencia legal prevista ante tal conducta, esto es, dar por terminado el proceso por desistimiento tácito.

Con todo, impera precisar que, aun cuando en gracia de discusión , se tenga que lo requerido por el juez de primer grado, refería concretamente a “[aportar] el resultado de las diligencias realizadas ante la Oficina de Catastro, a fin de corregir el área del bien que aquí

se persigue”, se tiene que tal requerimiento tampoco cumple los parámetros que permitirían la aplicación del ya mencionado artículo 317, pues dicho acto, no determina la continuación del trámite del proceso.

Y lo anterior es así, debido a que si la razón de aquel requerimiento, suponía que se trataba de un presupuesto para la presentación del avalúo, debe recordar el fallador de primera instancia, que en caso de considerar que el valor contenido en el avalúo catastral no era idóneo porque podía afectar el valor real del bien –en este caso, por no coincidir la extensión del bien allí consignada con la referida en la escritura pública respectiva, y lo dicho en la diligencia de secuestro – le correspondía dar aplicación a la posibilidad de complementarlo con cargo a la parte interesada, a través de “un dictamen obtenido por cualquiera de las formas mencionadas en el inciso segundo”.

Y lo anterior es así, debido a que si la razón de aquel requerimiento, suponía que se trataba de un presupuesto para la presentación del avalúo, debe recordar el fallador de primera instancia, que en caso de considerar que el valor contenido en el avalúo catastral no era idóneo porque podía afectar el valor real del bien –en este caso, por no coincidir la extensión del bien allí consignada con la referida en la escritura pública respectiva, y lo dicho en la diligencia de secuestro. Le correspondía dar aplicación a la posibilidad de complementarlo con cargo a la parte interesada, a través de “un dictamen obtenido por cualquiera de las formas mencionadas en el inciso segundo”.

Por supuesto, todo lo anterior, sin desconocer que la aclaración que se está tramitando, acerca de la discrepancia que existe en la extensión del área del bien comprometido, pueda resultar necesaria para efectos de los trámites administrativos requeridos para la inscripción del remate, en caso de llevarse a cabo, y que la obtención de los documentos pedidos por la autoridad administrativa, puedan ser obtenidos a través de la intervención del juez de conocimiento, desde luego que con la activa participación de la parte interesada.

Así las cosas, surge evidente que los presupuestos consagrados para esta forma de terminación del proceso, no se presentaron en este asunto, dado que la carga impuesta no correspondía exclusivamente a la parte demandante, y en tanto que existía la facultad oficiosa en cabeza del juez de adelantar igualmente la reseñada actuación requerida.”

El Magistrado Sustanciador revocó el auto recurrido.

Rad.004 1998 0055901 (06 06 2017) M.S. Dr. Carlos Alberto Romero Sánchez.

DESISTIMIENTO TACITO. Simulación de contratos de compraventa. Si bien el tiempo otorgado por el juzgado en providencia del 5 de octubre de 2016 se encontraba vencido, también lo es que la providencia del 2 de diciembre del mismo año, ata al juzgado, en cuanto dio nueva oportunidad a la parte actora en impulsar el proceso tendiente a adelantar la notificación que tanto se ha mencionado, por tanto en el auto recurrido no debía desconocerse dicha providencia dictada por el propio despacho.

Extracto:

“El desistimiento tácito es la consecuencia jurídica que ha de tomarse, si la parte que promueve un trámite no cumple con la carga procesal pertinente para su impulso, del cual dependa la continuación del proceso.

El argumento esgrimido por el apelante respecto a que el juzgado debió exigirle que cumpliera los trámites de notificación respecto del litisconsorte necesario, debe decirse al apelante que conforme a las reglas procedimentales, el juzgado, una vez fue aportada la dirección de quien debía ser notificado, realizó el respectivo citatorio, el cual conforme a las reglas del Art. 291 del C.G.P., debió ser diligenciado por la parte interesada, remitiendo la misma por la empresa de servicio postal, para que una vez, si es devuelta la comunicación, poder dar paso a lo indicado en el numeral cuarto de dicho articulado, evento que aquí no sucedió.

Ahora, sin entrar de fondo la pertinencia o no del llamado en litisconsorcio, observa la sala que en providencia del 2 de diciembre de 2016 y notificada por estados el 6 de diciembre de 2016, otorgó un plazo de 30 días al demandante para que agote la notificación del litisconsorte necesario, término que vencía el 9 de febrero del año en curso, y resulta que el auto atacado se expidió el 1 de febrero de 2017 y notificado por estados el 6 del mismo mes y año, evidenciándose que el a quo no esperó que se cumpliera el término por el concedido conforme el numeral 1 del Art. 317 del C.G.P., trasgrediendo la oportunidad procesal que le corresponde a la parte demandante.

Siendo oportuno indicar, que si bien el tiempo otorgado por el juzgado en providencia del 5 de octubre de 2016 se encontraba vencido, también lo es que la providencia del 2 de diciembre del mismo año, ata al juzgado, en cuanto dio nueva oportunidad a la parte actora en impulsar el proceso tendiente a adelantar la notificación que tanto se ha mencionado, por tanto en el auto recurrido no debía desconocerse dicha providencia dictada por el propio despacho.”

Rad.008 2015 00259 01 (15 05 21017) M. Dr. José David Corredor Espitia.

DESISTIMIENTO TÁCITO. Presupuestos. Pertenencia.

Extracto:

“Se tiene entonces que en casos como el presente, la terminación del proceso surge cuando existe una carga o acto exclusivo de una de las partes que impide la continuación del proceso, y esta no se allana a desplegarlo en el término establecido por la ley (treinta días), previo el requerimiento del caso.

2.- Descendiendo al caso bajo estudio, se advierte que la providencia censurada debe revocarse, pues lo cierto es que los requisitos del numeral 1° del mencionado artículo 317 del G.G. del P., no concurren en este caso, dado que, conforme al mismo resulta imperativo que existiera una carga exclusiva de la parte actora, que no fue atendida en el término concedido para ello, cuando se le requirió para el efecto, cuyo incumplimiento, no permite al juez proseguir con el trámite, condición que aquí no aparece cumplida.

Ciertamente, aflora del plenario que lo requerido por el juez *a quo* iba orientado a obtener un avalúo catastral actualizado, así como un certificado de nomenclatura, pues encontró que la dirección del inmueble que se persigue, anotada en la demanda, no coincidía con aquella que reposa en el poder allegado “dentro del cuaderno de excepciones previas”, a pesar de encontrarse estas definidas mediante providencia del 12 de julio de 2012.

Pues bien, pese a que no se desconoce que lo requerido podía ser oportuno para el desarrollo, y en últimas, para las resultas de este asunto, toda vez que permitiría tener claridad acerca de la identificación del bien que se pretende, lo cierto es que tal requerimiento no determinaba la continuación del proceso. Y lo anterior es así, en principio, porque el artículo 407 del C de P. C., no establece que aquellos documentos sean requisitos indispensables para la procedencia de la demanda de pertenencia presentada, al paso que conforme lo dispone el artículo 76 *ibidem*, el inmueble sobre el que versa este asunto, contaba con las especificaciones necesarias en el escrito de demanda.

Aunado a lo anterior, impera precisar, que al encontrarse este proceso en etapa probatoria, le asistía al juez, como director del proceso, una carga muy importante, cual era, velar por la práctica y obtención de las pruebas decretadas, más aun cuando se verifica que dentro de estas se encontraba pendiente de llevar a cabo la inspección judicial sobre el bien comprometido, la cual, conforme lo señala el numeral 10 del artículo 406 del C. de P. C. “deberá practicarse forzosamente”, situación en la que la parte interesada insistió. ”

Rad. 013 2011 00145 01 (08 06 2017) M.P. Dr. Carlos Alberto Romero Sánchez.

INCIDENTE DE NULIDAD POR INDEBIDA NOTIFICACIÓN. Notificación por correo electrónico. Circunstancias que rodearon el trámite procesal adelantado fueron soportadas conforme a las reglas del C.P.C. y no las disposiciones del C.G.P.

Extracto:

“Ahora, es preciso indicar, atendiendo la queja central del recurrente, que si bien en la demanda dentro de sus hechos y pruebas arrojadas dan certeza que entre el demandante y la demandada existió comunicación vía correo electrónico para el año 2010, también lo es que sobre la normatividad que se adelantó el proceso de notificación, no instituyó la exigencia previa para poder dar paso al Art. 318 C.P.C., que la misma se intentara por tales medios tecnológicos, disposición normativa que en su explicación es clara, que no desborda lo aducido en el Art.4 ibídem, puesto que el juez debe atemperarse a las normas procesales en los términos dispuestos que para dicho momento indicaba el Art. 6 ibídem. Ello es debido a que conforme los preceptos jurisprudenciales la notificación es el acto por medio del cual se le comunica a una persona, bien sea natural o jurídica, lo decidido respecto de un trámite, el cual puede ser judicial, administrativo público o privado, con sujeción a las reglas propias de cada gestión para que se surta la misma, siendo por tanto las de las reglas judiciales de imperioso cumplimiento.

Por otra parte, y de pensarse la posibilidad de la llamada notificación personal electrónica, debe decirse atendiendo las reglas jurisprudenciales y en las que se apoya el recurrente, que al no ser la demandada comerciante e inscrita en el registro mercantil, como obligada por dicha categoría a suministrar un correo electrónico de notificación, está debe primero suministrar la dirección electrónica como medio de aceptación para poder ser notificada, pues de lo contrario no puede hacerse.

En otro escenario, y de optarse por la remisión de la simple comunicación de que trata el Art.315 del C.P.C, dicha normatividad instituye que la misma debe ser enviada “a la dirección que le hubiere sido informada al juez de conocimiento como lugar de habitación o de trabajo de quien debe ser notificado”, misma que en el plenario no se conoce, lo que daría paso pleno al Art.318 ibídem que se aplicó, puesto lo único que se aduce es que aquella vive en Estados Unidos de América, y para rematar, y si se tomará como medio válido la remisión de la comunicación vía email se tiene que entre la indicada en el escrito de nulidad (julianamadrinan1@gmail.com) y la aportada en el a demanda como manifestación de las conversaciones que tuvo el demandante con la demandada para el año 2010 (julianamadrinan@hotmail.com), y es la que genera la discordia que en esta sede se conoce, es totalmente diferente, lo que hace concluir que realmente el demandante no tenía un medio para el momento de presentar la demanda de comunicarse con la señora xxxxxxxxxxxxxx, y que estuviera en su obligación de pedir que se intentara la referida comunicación vía electrónica, asistiéndole razón al A Quo en despachar desfavorablemente la nulidad propuesta.

Rad. 001 2015 00093 01 (12 05 2017) M.P. Dr. José David Corredor Espitia.

INADMISIÓN DE DEMANDA Proceso divisorio

“Mediante auto Interlocutorio No. 883 de fecha 14 de septiembre de 2016, el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Cali, resolvió inadmitir la demanda y concedió 5 días al demandante para que subsanara la misma conforme al artículo 90 del C.G.P.

2.1.2. Por intermedio de su apoderado judicial, la parte demandante interpone recurso de reposición frente al auto No. 883 indicando su inconformidad frente a la decisión del *A-quo*.

2.1.3. Seguidamente, el *A-quo* por auto interlocutorio No. 1246 de diciembre 1 de 2016 denegó el recurso de reposición por improcedente de acuerdo al artículo 90 inciso 4 del C.G.P., y rechazó la demanda indicando que la entidad demandada no figura como titular del derecho real de dominio del bien inmueble objeto de litigio; indicó que el demandante

no dirigió la demanda contra la totalidad de los copropietarios del bien inmueble con matrícula inmobiliaria No. 370-239987.”

(...)

“Analizando el trámite del presente asunto, este Despacho encuentra que tal y como fue advertido por el juez, la demanda no reúne los requisitos propios del tipo de acción (proceso divisorio) que se pretende adelantar, de ahí entonces que la decisión del *A-quo* frente a la inadmisión de la demanda es acertada, pues a pesar de que en ella se solicita que el demandado pague por la edificación levantada en el predio que aduce ser de su propiedad, lo cierto es que dicha pretensión, propia de la acción conferida por el artículo 739 del Código Civil, escapa a la finalidad del proceso divisorio.

Por lo anterior teniendo en cuenta que la demanda no cumple con los requisitos formales del proceso divisorio, y como quiera que el recurrente no subsanó la misma de acuerdo a lo ordenado por el *A-quo*, es decir, no aportó los documentos que prueben la titularidad del derecho real de dominio por parte de la entidad demandada sobre el bien inmueble con matrícula inmobiliaria No. 370-2399, y no aportó el documento que certifique que el apelante es condueño del bien inmueble con matrícula inmobiliaria No. 370-239987, la decisión de rechazar la demanda fue acertada. Lo anterior más si tiene en cuenta que fue el Juez de primera instancia quien subsanó una de las falencias de la demanda, integrando el litisconsorcio necesario de acuerdo al artículo 61 del C.G.P.

Corolario a lo anterior se impone CONFIRMAR el auto apelado No. 883 de septiembre 14 de 2016, que RECHAZÓ la demanda.”

Radicación 006 2016 00220 01 (13 06 2017) M.P. Dr. Julián Alberto Villegas Perea.

PERTENENCIA. Prescripción ordinaria adquisitiva de dominio. Justo título como condición necesaria para predicar la posesión regular. Saneamiento de nulidad.

Procede la Sala a decidir recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de primera instancia dictada en audiencia llevada a cabo el 17 de noviembre de 2016 por el juzgado quinto civil del circuito de Cali, que negó las pretensiones de la demanda y condeno a costas a la parte demandante.

Extracto:

“...no puede tenerse como ataque legítimo en contra de una sentencia, la presentación de un reparo encaminado a que se estudie dentro del trámite de su apelación, la existencia de una posible nulidad procesal cuya decisión no fue objeto de alzada en la oportunidad concedida por la ley para tal efecto, pues tal consideración no sólo implicaría desconocer el carácter restrictivo de las reglas fijadas por la ley procesal frente al trámite de la apelación de autos, sino que además, concedería al recurso de apelación formulado en contra de una sentencia un carácter de universalidad no contemplado por el legislador para tal fin.”

(...)

“De esta manera, coincide la sala con la conclusión a la que llegó el juez al afirmar que la posesión del demandante señor XXXX jamás se erigió como regular, al no existir título alguno que acredite el justo título con el cual el demandante inicio la posesión sobre el inmueble, ni que el demandante hubiese acreditado la existencia cierta de un hecho o acto jurídico que por su naturaleza y por su carácter de verdadero y valido fuese apto para atribuirse el dominio del bien; luego entonces, es claro que no erro el juez al declarar que no se encontraban reunidos los requisitos legales para acceder a las pretensiones del demandante, pues como se explicó en precedencia, en la órbita de la posesión regular es inexorable la necesidad de un título con la aptitud formal plena de transferir el dominio del inmueble, que es lo que precisamente lo justifica, pese a que por alguna falla jurídica no se logre su tradición.

Bajo las anteriores circunstancias, resulta claro que al no evidenciarse la existencia de un justo título en el que conste la tradición del dominio del bien a favor del demandante, ahondar en la consideración de las demás características de la posesión fijados por la jurisprudencia nacional para que opere el fenómeno prescriptivo, esto es la acreditación de una posesión pacífica e ininterrumpida, deviene en innecesaria, no solamente porque como ya dijo la pretensión carece de uno de los elementos fundamentales para su configuración, sino porque además, aun en el evento en que se encontrara acierto en los ataques formulados, ellos solo darían cuenta de la posible acreditación de una de las características que debe presentar la posesión para servir como vehículo útil para obtener el dominio de un bien a través de prescripción.

En este punto, se encuentra necesario señalar que aun ante la posibilidad de interpretación de que el verdadero querer del demandante en el planteamiento de la demanda fue invocar la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, y que la posesión material ejercida por el demandante apenas resulta idónea para la prescripción extraordinaria, quien como se sabe no requiere de título alguno, lo cierto es que tal circunstancia también fue valorada por el juez de primera instancia, quien señaló acertadamente que descartaba la procedencia de tal tipo de declaración en razón a que el prescribiente no reunía el tiempo fijado por la ley sustancial para que procediera a su favor la declaración de pertenencia bajo tal modalidad, esto es, que a la fecha de presentación de la demanda, el demandante no cumplía con el término de posesión de diez años fijado por el artículo 2531 del código civil (modificado por la ley 791 de 2002) para tal efecto, y menos aún, que tal consideración haya sido objeto de apelación.

Esto a pesar de que si bien, en la narración de uno de los reparos el recurrente invoca los requisitos de procedibilidad que habilitan al “comunero” para obtener en su beneficio la prescripción adquisitiva de dominio, lo cierto es que conforme los documentos que dan cuenta de la titularidad del bien, el demandante no ostenta dicha calidad frente al inmueble pretendido en usucapión.

Finalmente, frente al reparo que tiene por objeto controvertir el valor fijado por el juez de primera instancia como agencias en derecho, pues en consideración del apelante “el despacho las fijo superando el 25% del valor de las pretensiones de la demanda”, debe decirse que tratándose de eventos en los cuales no se discuten aspectos sustanciales que contradigan la condena en costas impuesta a la parte vencida y solo exista discrepancia en el valor fijado en la sentencia como agencias en derecho, el numeral 5 del artículo 366 del código general del proceso, señala de manera expresa que la forma y oportunidad procesal para controvertir “la liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho” es través de la interposición de los “ recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas”, y no como reparo en contra de la sentencia en la cual se fijó su valor.

Así las cosas, partiendo de la base de que en el presente asunto la censura del recurrente no desconoce la procedencia de la condena en costas impuestas en su contra, y simplemente retrotrae a presentar su inconformidad frente al “monto” fijado en la sentencia como valor de las agencias en derecho que deberá ser tenido en cuenta dentro de la liquidación de las costas a las que fue condenada la parte demandante, la sala se abstendrá de tramitar el reparo formulado.

En conclusión, verificado que en el presente asunto no se encuentran demostrados los elementos propios de la usucapión en ninguna de sus formas y que conforme lo expuesto no hay lugar a realizar pronunciamiento alguno frente al valor de la condena en costas impuesta, la sala confirmara la sentencia apelada y condenara en costas de esta instancia al recurrente.”

La Sala confirmó la Sentencia proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cali que negó las pretensiones de la demanda.

Rad. 005 2011 00491 01 (14 06 2017) Acta 962. M.P.Dr. Julián Alberto Villegas Perea

PERTENENCIA. Prescripción Extraordinaria Adquisitiva de Dominio. Ejidos del Municipio de Santiago de Cali.

Extracto:

“Lastimosamente frente a la larga ocupación del inmueble por la demandante y sus antecesores , no hay prueba –siendo carga de la demandante- que acredite que el bien que pretende es susceptible de prescripción adquisitiva salió legalmente de los ejidos de Cali, pues sigue siéndolo tal como consta en el Certificado Especial de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali, ciertamente, aunque el Municipio puede enajenar sus bienes ejidales, como aquí no se probó que tal acto sucedió , no es posible acceder a las pretensiones de la demanda, la demandante necesariamente debe acudir a los mecanismos administrativos correspondientes para que la propiedad de dicho bien pase a manos particulares.

En este contexto , la Sala no puede suplir la omisión probatoria de la demandante con el decreto de pruebas de oficio como lo pide en la apelación, aunque es cierto que en procura de lograr la tutela efectiva de los derechos el juzgador tiene un papel activo frente a los medios probatorios a fin de lograr una decisión acompasada con la realidad, tal deber no puede utilizarse para liberar a las partes de la carga probatoria ni para contraprobar lo que en el proceso aparece claro (Art. 177 C.P.C.)

Resta observar que establecida la imprescriptibilidad del bien pretendido, es inútil cualquier consideración sobre las demás pruebas decretadas y practicadas que se enfilan a demostrar la posesión del bien en cabeza de la accionante; no **obstante** dadas las características del caso y siendo que la Secretaría de Vivienda Social de la Alcaldía de Santiago de Cali ha respondido a la demandante que dicho inmueble hizo parte del patrimonio de tierras de la Secretaría pero que ha sido titulado a nombre de la señora xxxxxxxxxxxx por Escritura Pública No. 3420 del 17 de noviembre de 1969, la cual coincide con la anotación en la que el Certificado de Tradición habla de la protocolización de la sucesión de xxxxxxxxxxxxxxxx, la Sala requerirá a la correspondiente Secretaría para que estudie la desafectación de este inmueble de los terrenos ejidales (art. 726 C.C.), pues mientras subsista la anotación en el registro de que las mejoras se encuentran plantadas en terrenos ejidales municipales, no es posible declarar la pertenencia por prescripción adquisitiva de dominio en favor de nadie.”

Rad.015 2009 00188 02 (16 06 2017) M.P. Dr. Jorge Jaramillo Villareal.

RECURSO DE APELACIÓN Objeción de costas. Liquidación del crédito.

Extracto

“Para resolver el recurso formulado, procede el Despacho a revisar el mandamiento de pago encontrando que el mismo se libró en demanda inicial en contra del aquí recurrente en su calidad de persona natural por la suma de “12.148.880, contenida en la letra de cambio IX-I-92, con fecha de exigibilidad del 1 de septiembre de 1992, tal y como obra en providencia del 10 de julio de 1993, posteriormente mediante auto del 26 de enero de 1995, por acumulación se le libra mandamiento para el pago de \$39.620.750; \$36.000.000 y \$1.794.312, cada una con fecha de exigibilidad del 9 de diciembre de 1992, 15 de febrero de 1992 y 10 de enero de 1993, respectivamente.

En el curso del proceso y antes de dictarse la sentencia respectiva, mediante escritura pública No.5062 del 20 de septiembre de 1995, dada en la Notaría Segunda del Circulo de Cali, el señor XXXX, como deudor de la suma de \$20 millones de pesos por concepto de préstamos, en favor del señor XXXX, decide dar en dación de pago por dicho valor una Bodega ubicada en la Calle 24 No. 1-39 a 1-45 de la ciudad de Ibagué, junto con el lote de terreno donde está construida y distinguido con el número 14 de la manzana 62, expresando

el acreedor en dicho instrumento público entre otras cosas que acepta la dación de pago y declara al señor XXXX a paz y salvo por todo concepto. Escritura pública que es allegada al proceso por las partes mediante documento de transacción parcial, solicitándose al juzgador tener en cuenta dicha negociación, aplicándose el valor de \$20 millones como abono al crédito que adeuda el recurrente, acto que fue aceptado en providencia del 27 de septiembre de 1995. Posteriormente el 26 de noviembre de 1996, se dicta sentencia por medio de la cual se ordena seguir adelante con la ejecución en la forma ordenada tanto en la primera demanda como en la acumulación, es decir, en la forma prevista en los mandamientos librados.

Teniendo claro lo anterior, queda plenamente demostrado que la liquidación efectuada por la parte ejecutante, así como la modificada por el juzgado la basó sobre un capital de \$107.469.568, monto total al que no está obligado el señor XXXX, pues conforme los mandamientos de pago, la sociedad XXXX responde por todo el capital cobrado, pero como garantes de dicha deuda el señor XXXX responde por \$14.366.426,00, constituidos en catorce letras de cambio y el señor XXXX por la suma de \$89.563.942,00 constituidas en cuatro letras de cambio, con fecha de exigibilidad distintas cada uno de los títulos valores ejecutados, asintiéndole razón al recurrente en lo relativo a que las liquidaciones efectuadas no discriminaron la obligación que se encontraba dispuesta con suficiencia de claridad en el mandamiento de pago, para cada uno de los obligados, pues no hay solidaridad conjunta sobre todos los títulos cobrado.

Ahora bien, debe proceder este despacho a efectuar la correspondiente liquidación que se ajuste conforme al mandamiento de pago, atendiendo las voces del Art.446 del C.G.P., no sin antes advertir que si bien, el motivo que lleva a que esta instancia conozca del asunto en esta oportunidad corresponde a una actualización del crédito, no puede tomarse como base la respectiva liquidación que se encuentra en firme, según providencia del 14 de septiembre de 2000 (folio 59 V), pues la liquidación presentada comete el mismo yero que se ha traído hasta la fecha, es decir, no se efectuaron conforme el mandamiento de pago dispuso, el cual no fue variado en la sentencia que se profirió.

Por otra parte, previo a efectuarse la liquidación del crédito, de antemano debe decirse al recurrente respecto de la dación en pago constituida en escritura pública, referenciada en aparte anterior, que la misma conforme al acto negocial redactado no lo libra por completo de las obligaciones que en el presente proceso se le cobran, puesto que dicho contrato elevado a escritura pública referencia sobre una deuda de \$20 millones por préstamos, sin que se especificara en dicho instrumento jurídico, que tal valor correspondía a los títulos valores que se estaban cobrando vía judicial, que equivalen en su suma total a \$89.563.942,00, por ello, la expresión contenida del acreedor de declaración de paz y salvo de todo concepto es atinente a tal valor anunciado por préstamos, es decir, no se señala que se estuviera transando todos los créditos cobrados por esa suma, por el contrario y sucede, es que se presenta como parate de pago a tener en cuenta dentro del proceso ejecutivo, y en esa forma será tenido, tal y como fue aceptado por el A Quo en su momento. También debe indicársele al recurrente, que el desconocimiento de las letras de cambio libradas en el mandamiento de pago en la acumulación, debieron vértice en el momento procesal oportuno, y no en este recurso que atañe lo relativo a la liquidación del crédito, puesto que ya hay sentencia en firme, por tanto no es resorte de este Despacho en pronunciarse a tal asunto.

Conforme lo anterior, se efectuará la liquidación de cada una de las letras cobradas en la que es garante el recurrente, es decir, la de \$12.148.880; \$36.000.000; \$39.620.750; y \$1.794.312, con fecha de exigibilidad de 1/sep./1992; 15/Feb./1992; 9/Dic./1992; y 10/Ene./1993, respectivamente, aplicándose los abonos que en el transcurso del tiempo se efectuaron, mismos que serán incluidos desde la deuda más vieja a la deuda más nueva, debido a que el ejecutado como el ejecutante no definieron a que título se efectuaría los respectivos abonos, imputándose primero los intereses y luego el capital, tal y como se establece en el Art.1653 del C.C., liquidación que se ará a la fecha de expedida esta providencia por prosperar el recurso parcialmente.”

Radicación 012 1993 15231 02 (15 06 2017) M.P. Dr. José David Corredor Espitia.

RESPONSABILIDAD MÉDICA. Pérdida de oportunidad.

Extracto:

“Pretende la demandante que se declare la responsabilidad civil de la institución médica demandada por el incumplimiento de la obligación de prestar de manera adecuada y oportuna el servicio de salud a xxxxxxxxxxxxxxxx, lo que conllevó a que la paciente perdiera la oportunidad de tener una mejor calidad de vida, pues de habersele realizado los estudios médicos pertinentes – biopsia y mamografía – se habría detectado a tiempo el cáncer que presentaba en su seno izquierdo y el tratamiento suministrado habría sido más beneficioso para la actora. Solicita que como consecuencia de las omisiones en la prestación de servicios de salud por parte de la demandada, se la condene al pago de los perjuicios materiales e inmateriales solicitados en la demanda.

Como fundamentos de hecho expresa la demandante que el 12 de julio de 2.007 se presentó a cita médica con el Dr. Oscar Henry Bastidas, quien le ordenó una sono mamografía o ultrasonido de seno con transductor de Alta, con diagnóstico de masa no especificada en la mama, y que el 16 de julio de 2.007 luego de realizársele el mencionado examen éste arrojó como resultado “un quiste benigno de 4.6 x 3.6mm”, el médico Dr. Tarsicio Céspedes dejó constancia de que “no se ven masas sospechosas” y que se “deja a criterio clínico correlación con una mamografía” sin embargo se abstuvo de ordenarle la práctica del mencionado estudio médico quien le manifiesta que lo que padece no es nada grave.”

(...)

“La jurisprudencia ha sostenido que: “El concepto de pérdida de oportunidad implica que se demuestre la relación causal existente entre el acontecimiento o la conducta dañosa y la desaparición, exclusivamente, de la probabilidad de acceder a la ganancia o de evitar el deterioro como rubros que se integran efectivamente en el patrimonio del afectado, con independencia de los demás tipos de daño cuya ocurrencia pudiere tener lugar; la pérdida de oportunidad no representa, por tanto, una especie de daño subsidiario en defecto de prueba respecto de la relación causal entre el hecho o conducta censurados y el beneficio definitivamente perdido, sino una clase autónoma de daño respecto del cual no puede presentarse las tantas veces mencionada incertidumbre causal, toda vez que tal falta de certeza debería conducir, directa e indudablemente ,a la exoneración de responsabilidad por el anotado concepto; de allí que resulte atinado aseverar que cuando hablamos de la pérdida de una oportunidad, no podemos incluir allí la simple imposibilidad de saber cuál es la causa de un daño” (Consejo de Estado, sentencia de 11 de agosto de 2.010, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 18.593).

Pese a lo anterior, en el presente asunto, como ya se anticipó, no se acreditó la relación de causalidad entre la conducta médica y la desaparición, de la probabilidad de acceder a un tratamiento más favorable para atacar el cáncer que padeció la actora, por el contrario, al analizar los conceptos técnicos no se puede afirmar que de haberse detectado la enfermedad a la señora xxxxxxxxxxxxxxxx antes de lo sucedido, es decir al haberse ordenado los exámenes “mamografía y biopsia” el día 12 de septiembre de 2007, a la paciente se le hubiese brindado un tratamiento médico diferente o menos invasivo al suministrado.

Frente al segundo reparo proveniente de la parte actora, según el cual se debe reconocer el perjuicio moral que sufrió la paciente cuando tuvo que acudir a un profesional particular con miras a determinar la enfermedad que padecía, tampoco es de recibo para esta autoridad jurisdiccional, pues como se desprende de los preceptos jurisprudenciales traídos a colación, presupuestos de la declaratoria de responsabilidad médica y de la condena al pago de indemnizaciones, corresponden a demostrar la culpa (negligencia, impericia o descuido del profesional de la salud) y el nexo de causalidad entre la conducta del galeno y el daño sufrido, lo cual dentro de la actuación no se cumplió por parte de la actora, y en consecuencia no podía ser diferente el fallo que adverso a sus pretensiones.

En este orden de ideas, faltando los elementos –culpa y nexo causal- necesarios para establecer la responsabilidad de la EPS demandada, habrá de refrendarse el fallo apelado.”

Rad.003 2012 00307 02 (18 05 2017) M.P. Dr. César Evaristo León Vergara.

RESPONSABILIDAD MÉDICA. Demanda verbal de responsabilidad civil contractual por falla médica en contra de una EPS por los perjuicios sufridos como consecuencia de diagnóstico tardío de la lesión tumoral, que presentaba el paciente que concluyó en la enucleación de su ojo derecho.

Extracto:

“Por lo anterior para la Sala resulta relevante que ante la inexistencia de signos aparentes del desarrollo del retinoblastoma o de síntoma alguno que indicara que el menor tenía algún problema en la visión, la socorrida responsabilidad de la entidad demandada en la causación del daño que se reclama, solamente podría predicarse si desde el principio por causas imputables como negligencia o impericia , los profesionales médicos que hacen parte de su sistema de prestación de servicios, una vez detectada la enfermedad o signo aparente de la misma, ésta no hubiese brindado el tratamiento necesario para su manejo, pero como quiera que tal y como se acreditó, hechas todas las valoraciones en condiciones normales con apego a los parámetros y normas técnicas, fijados en los controles de crecimiento y desarrollo, no se encontró lesión alguna, ni los padres refirieron síntoma prematuro que hiciera sospechar su presencia, no podría trasladarse en cabeza de los profesionales de la salud el riesgo de la enfermedad que se estaba desarrollando cuando de su parte quedó demostrado que no existió hecho indicativo de falta de diligencia, el incumplimiento no se califica sólo por la obtención del resultado, sino por la falta de diligencia del deudor en la actividad que lo comprometió.

No otra cosa puede desprenderse de lo probado con la anotación de la historia clínica del menor que obra a folio 44 del cuaderno principal en donde se refiere como enfermedad actual “exodesviación OD desde hace 2 semanas. No le han realizado tratamiento” y que es confirmada por el relato de JHON WILLI SINISTERRA y JENNIFER ORTIZ TORRES, padres del menor, los cuales refieren que el único síntoma de desviación ocular ocurrió a partir del mes de marzo de 2012.”

(...)

“Conforme a lo anterior, resulta patente que lo que el recurrente trae a colación en el reparo objeto de estudio, es una apreciación distinta de la situación fáctica de la que dan cuenta los medios de persuasión valorados por el juez de instancia, con la cual busca imponer su visión de los hechos litigados dándole su propia inteligencia a la prueba pericial, y no una posibilidad cierta de la cual penda la certeza absoluta de que una valoración oportuna habría cambiado radicalmente el curso de los acontecimientos “*oportunidad de no perder el globo ocular*”; circunstancia que en todo caso, implica que se demuestre la relación causal existente entre el acontecimiento o la conducta dañosa y la desaparición exclusiva de la probabilidad de evitar el curso causal de la enfermedad o situación adversa ya iniciado por el paciente; y que en todo caso, al ser considerado como un daño autónomo, implica que la declaración de su configuración haya sido formulada como pretensión independiente en la demanda, discutida en el transcurso del proceso y se encuentre debidamente probada, cosa que aquí no aconteció.

Así lo ha señalado la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, quien al respecto indicó:

“...la pérdida de oportunidad debe ser alagada y probada luego de su debida contradicción dentro de las instancias, por consiguiente resulta patente que su discusión no es admisible en casación, toda vez que, como ya se dijo, entrañaría la introducción de cuestiones novedosas que aparejarían la vulneración del derecho de defensa.” (CSJ SC 10261-2014 4 de agosto de 2014. M.P. Margarita Cabello Blanco.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que en el presente asunto no existió por parte del juzgador error de valoración probatoria que pudiese conllevar a la revocatoria de la sentencia, ya que tal y como fue expuesto por el *a quo*, y confirmado en la presente decisión, el factor, culpa como criterio de imputación de responsabilidad y elemento necesario de toda acción resarcitoria del cual surja el deber de indemnizar, no se encuentra presente, la Sala confirmará en su integridad la sentencia apelada.”

Rad. 008 2015 00065 01 (05 05 2017) Acta 951. M.S. Dr. Julián Alberto Villegas Perea.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL MÉDICA. Pérdida de oportunidad. Persona a quien se le diagnosticó TOXOPLASMOSIS RETINAL ACTIVA. Suministro de medicamento no POS. El cumplimiento tardío o defectuoso de la obligación legal y contractual de la EPS demandada en prestar de manera adecuada el servicio de salud que requería el demandante frente a la autorización de la “Inyección Intravítrea de Triamcinolona ojo derecho”, fue la causa efectiva de la producción del daño derivado de la pérdida de la oportunidad de curarse o no empeorar.

Extracto:

“De conformidad con el escrito de la demanda se tiene que la indemnización que se persigue proviene de la omisión o retardo en el que incurrió la Empresa Promotora de Salud demandada en prestar los servicios médicos prescritos con carácter urgente al demandante desde el 23 de febrero de 2006, y que sólo fueron autorizados hasta el 11 de abril del mismo año, previa orden de tutela proferida por un juez constitucional, cuando el daño, según lo expuesto por el mismo médico tratante, cuando el daño, según lo expuesto por el mismo médico tratante, ya se encontraba consumado.”

(...)

“En efecto, el segundo reparo formulado en contra de la sentencia de primer grado señala que con base en los registros de la historia clínica allegada al expediente se puede comprobar que la EPS demandada no fue negligente en la prestación de los servicios de salud que requería el demandante, pues la misma da cuenta que el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx tuvo acceso a consultas con especialistas, exámenes diagnósticos y medicación por vía oral para tratar su enfermedad, y que bajo dichas circunstancias, el juez no podía dar por sentada la negligencia de la entidad en la producción del daño que originó la pérdida de la visión del demandante.

Sin embargo, revisadas las consideraciones expuestas por el Funcionario Judicial frente al hecho que originó la condena impuesta a la entidad demandada, se tiene que dicho ataque no comporta un argumento conducente del cual pueda deducirse válidamente la justificación de la conducta de la demandada, ya que si bien en principio su estructura comprende, desde el punto de vista lógico, premisas que son verdaderas dada la comprobación que de ellas puede hacerse en la forma indicada por la apelante, lo cierto es que el mismo hace referencia específica a la demostración de la exculpación de la responsabilidad de la demanda frente a la causa de la pérdida de la visión del demandante, y no a la “diligencia” con la que debió actuar la entidad demandada ante la solicitud de prestación de un servicio no POS prescrito al demandante por su médico tratante con el carácter de urgente.

En efecto, si se tiene en cuenta que el fundamento de la condena impuesta a la demandada tiene como origen, la “*comprobada negligencia*” de COMFENALCO VALLE E.P.S. en el trámite de la solicitud del medicamento no contemplado dentro del Plan Obligatorio de Salud POS, y la consecuente dilación de la autorización en su entrega, de la cual se derivó el daño por pérdida de la oportunidad causado al Señor xxxxxxxxxxxxxxxx, es evidente que el reparo formulado no plantea de manera alguna que el juez de primera instancia hubiese valorado erróneamente prueba de la “*diligencia*” con la que pudo obrar la demandada ante la solicitud del trámite de autorización de dicho servicio, pues es evidente que la misma

difiere materialmente de la diligencia con la que pudo actuar frente a la atención médica prestada por el demandante en general.

Así entonces, y aun si en gracia de discusión se aceptase que el argumento elevado en la apelación tiene como fin demostrar que la entidad demandada obró con diligencia en la atención de la patología del demandante y que aquella brindó los servicios médicos requeridos para tal fin, lo cierto es que analizadas las pruebas que obran en el expediente, la Sala coincide con la consideración expuesta por el Juez frente a la identificación del hecho que dio lugar a la indemnización solicitada, la cual gira sin lugar a dudas en torno a la oportunidad perdida (interrumpir el curso casual del proceso ya iniciado por el paciente – enfermedad), y no con el beneficio esperado como tal (recuperación); más cuando tal argumento tampoco logra desvirtuar la incidencia de su actuar omisivo en la producción final del daño padecido por el demandante, ya que si bien puede aceptarse que el actor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx , previamente a la consulta del 23 de febrero de 2006, presentaba un diagnóstico de TOXOPLASMOSIS que afectó su ojo derecho, tal como así expresamente lo refirió su médico tratante en la declaración a la que arriba se hizo mención y que frente a tal diagnóstico recibió atención médica, no es menos cierto que esa circunstancia no fue la causa eficiente de la producción del daño, se itera, pérdida de la oportunidad, que desencadenó la dilación del trámite administrativo en que incurrió la entidad demandada en autorizar el medicamento y tratamiento ordenado con urgencia, pues es claro que conforme el diagnóstico médico realizado, dicho tratamiento tenía como fin evitar el avance de la enfermedad y la producción de daños mayores que deterioran aún más su visión; *“mejorar pronóstico”*.

Bajo las anteriores circunstancias, es claro que en el presente asunto, tal y como fue señalado por el juez de primera instancia, se encuentra probado que el cumplimiento tardío o defectuoso de la obligación legal y contractual de la EPS demandada en prestar de manera adecuada el servicio de salud que requería el demandante frente a la autorización de la *“Inyección Intravítrea de Triamcinolona ojo derecho”*, fue la causa efectiva de la producción del daño derivado de la pérdida de la oportunidad de curarse o no empeorar, en tanto la posición asumida por la entidad demandada no sólo desconoció la oportunidad que este tenía de interrumpir el curso causal de la enfermedad o situación adversa ya iniciada, que devino en efectivo al presentarse la lesión o situación irreversible, sino porque además, puso al demandante en imposibilidad definitiva de obtener la ventaja que esperaba; posibilidad que valga recalcar, no quiere significar que en el lapso comprendido entre la fecha en la cual se prescribió el medicamento y aquella en la que fue autorizado, se encontrare garantizado el éxito de la intervención, evitando los negativos resultados que hoy se conocen, pero sí implica que la inmediatez del tratamiento habría permitido intentar retrasar el avance de la infección que presentaba el ojo izquierdo, con posibilidades de *“mejorar el pronóstico”* y no, como ocurrió, dejarla avanzar hasta las últimas consecuencias de la patología (cicatrización de tejidos oculares).

Como se ve, a pesar de que nadie podía garantizar el éxito del procedimiento y que el resultado esperado se iba a alcanzar, por ser este mismo aleatorio al depender no sólo de la atención adecuada, sino también de situaciones que se escapan al ámbito de aquella (evolución de la patología), sí existía un procedimiento que generaba la posibilidad de evitar que la situación fuera cada vez más gravosa, y como consecuencia de la tardanza en su autorización, el riesgo en latencia se materializó.

Así las cosas, como quiera que ninguno de los reparos formulados por la actora logró demostrar ningún error en el que pudiera incurrir el juez de primera instancia en la valoración de las pruebas allegadas, y que por el contrario, pese al alegado apego al procedimiento establecido por la Ley 100 de 1993 respecto la autorización de procedimientos y medicamentos no contemplados por el Plan Obligatorio de Salud, la entidad demandada no logró desvirtuar el incumplimiento del contrato de prestación de servicios de Salud, la Sala Confirmará la sentencia apelada y condenará en costas a la E.P.S. demandada.”

Rad.014 2012 00360 01 (18 05 2017) Acta 955. M.P. Dr. Julián Alberto Villegas Perea.

SALA LABORAL

BENEFICIO EDUCATIVO. Auxilio educativo convencional. No se puede invocar falta de disponibilidad presupuestal para desconocer el derecho a disfrutar del beneficio educativo.

Extracto:

“El problema jurídico que nos ocupará, consiste en establecer si los demandantes tienen derecho al reconocimiento del auxilio educativo convencionalmente otorgado por la entidad accionada a los trabajadores activos, conforme lo previsto en el artículo 9º de la Ley 4ª de 1976, y de resultar afirmativa la respuesta, se determinará: i) si para atender la reclamación del beneficio educativo, debe existir partida presupuestal, ii) si se cumplió la carga probatoria que conlleven el reconocimiento del beneficio educativo, iii) si es procedente el reconocimiento del beneficio educativo para quien ha pagado la matrícula con créditos, iv) se analizará la excepción de prescripción respecto de cada beneficio educativo.

La entidad demandada, en un inicio reconoció que los beneficios educativos convencionales eran aplicables a los trabajadores activos y al personal jubilado, así se encuentra en las Resoluciones GG001900 de 1987 en su artículo 2 (fl. 29), Resolución 2787 de 1996, artículo 2 (fl. 38 vto), artículo único de Resolución 002133 de 2001 (fl. 45) párrafo del artículo 1 de la resolución número 005149 del 2004 (fl. 45 vto), resolución 000128 de 2007.

A partir de la expedición de la resolución GG001152 de septiembre 8 de 2009, se establece que esos beneficios educativos sólo son para los trabajadores oficiales, pero en ese acto administrativo en su parte considerativa se refiere al “ajuste al proceso de otorgamiento de los beneficios educativos contemplados en el artículo 55 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 4 de mayo de 2004 entre EMCALI EICE ESP y SINTRAEMCALI”. (fl. 60), Igual reglamentación fue anotada en la resolución GG1111 de 2011.

Para darle solución a la controversia planteada, partimos del artículo 9º de la Ley 4ª de 1976 que establece la extensión de las becas o auxilios para estudios secundarios, técnicos o universitarios a los hijos del personal pensionado de las empresas en las mismas condiciones en que se otorgan a los trabajadores en actividad.

La Corte Constitucional en sede de tutela se ha ocupado del tema que hoy nos ocupa, haciendo el siguiente pronunciamiento en la T-345 de 2005:

“Ahora bien, el argumento esgrimido en la decisión judicial cuestionada, referente a que en criterio del fallador, los pensionados gozan de una situación legal diferente a los trabajadores activos, quienes por acuerdo convencional les asiste el derecho a las becas de estudio y al auxilio educativo para sus hijos no becados, pues la convención colectiva de trabajo así lo pactó, pero como la misma no estipula tal derecho para el caso de los pensionados, no puede aceptarse, toda vez que la obligación de conceder becas a los pensionados nace de la Ley (art. 9º Ley 4ª de 1976) y no de la Convención Colectiva, pues ésta, además de ser una norma de inferior categoría, solo regula las relaciones entre empleadores y trabajadores activos. Por ello resulta equivocada la conclusión de excluir a los pensionados.

Recuérdese que la autonomía judicial para interpretar los mandatos legales no puede realizarse en caso de duda contra del trabajador – para el caso los pensionados, pues como se expresó anteriormente entre dos o más entendimientos posibles en relación al contenido

de la ley no puede optarse por el que ostensiblemente los perjudique o desfavorezca, pues como lo señala la Constitución, es deber del fallador rechazar los sentidos que resulten desfavorables a estos. El juez no puede escoger con libertad entre las diversas opciones por cuanto ya la Constitución lo ha hecho por él y de manera imperativa y prevalente.”

Al atender la ley y cita jurisprudencial, concluimos que los beneficios o auxilios educativos pactados convenciones colectivas se encuentran vigentes y se hacen extensivos para los ex trabajadores pensionados y así fue reconocido en un inicio por la entidad demandada. Además el artículo 9 de la Ley 4 de 1976 es una disposición que no fue derogada por la Ley 100 de 1993, ni puede ser modificada por un acto administrativo de la empresa, ya que, vulneraría el artículo 4 de la Constitución Política.

Nos ocuparemos ahora de determinar si los promotores del litigio cumplieron con la carga probatoria que conlleve a accederse a las pretensiones de la acción. No sin antes analizar las consideraciones vertidas por la juzgadora de instancia, quien atendiendo los actos administrativos que reglamentan el beneficio educativo y las circulares aportadas a folios 227 a 229 que hacen referencia al “agotamiento del aporte convencional para beneficios educativos”, razón por la cual se abstuvo de concederlo para beneficios educativos pre-escolar, primaria, bachillerato del período académico 2013-2014, así como para el período 2014-2015 y para los otros beneficios durante la vigencia 2013, 2014-B.

Esta Sala de Decisión no comparte tal argumento por cuanto: la Constitución Política consagra el principio de legalidad del gasto público, entre otros, en los artículo 334, 345 y 352; donde la primera de las normas enunciadas en el parágrafo señala: “Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva”; de allí que no se puede invocar falta de disponibilidad presupuestal para desconocer el derecho a disfrutar del beneficio educativo, además el artículo 4 de la Constitución Política que consagra que, la Constitución es norma de normas; y en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales, por consiguiente se deben inaplicar las resoluciones que restringen el disfrute del beneficio educativo por agotamiento de la partida presupuestal, contemplado en el artículo 4 de la Resolución 1152 de 2009.

Advertido lo anterior, se hace necesario determinar qué requisitos imparte cada acto administrativo allegado al plenario, encontrando al respecto:

1. La Resolución número 1152 de 2009 que dispone que cuando se trate de beca para estudio superior de pregrado, el hijo del trabajador o pensionado debe depender económicamente de éste (art. 3); Igualmente establece que el primer semestre se cancela el 100% y a partir del segundo semestre se fijaron unas tablas de acuerdo con el promedio de notas (art. 8). Además, para estudios superiores se exige el recibo de la matrícula financiera y para estudios de primaria y bachillerato debe presentarse el certificado de calificaciones aprobatorias del último año escolar o certificación de la institución educativa de haber cursado y aprobado el respectivo año escolar y que se encuentra matriculado en el nuevo año escolar.
2. La Resolución número GG1111 de 2011 exige que si el beneficio educativo para estudio superior el hijo del trabajador – pensionado debe depender económicamente y ser menor de 25 años. Conservando los demás requisitos expuestos en la resolución antes citada.”
Rad. 011 2014 00578 01 (26 04 2017) M.P. Dra. Elsy Alcira Segura Díaz

CALIFICACION DE INVALIDEZ, Modificación de un dictamen de pérdida de capacidad laboral.

Corresponde a la Sala conocer el recurso de apelación formulado por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia 277 del 21 de noviembre de 2014 proferida por el Juzgado Sexto Laboral de Descongestión del Circuito de Cali.

Extracto:

“En otras palabras, la determinación del grado de invalidez, el nivel de afectación del funcionamiento corporal, y eventualmente la fecha de estructuración de la invalidez, solamente puede ser apreciadas por entes especializados. Empero no es un asunto de expertos determinar si el origen de un daño corporal, lo fue un accidente de trabajo o fruto del riesgo común de vivir; pues a tal conclusión puede arribar la administración de justicia.

Conforme a los anteriores antecedentes, debe decirse que, en el presente caso, la junta nacional de invalidez; estableció en dos dictámenes que las patologías “trastorno de menisco debido a desgarró lesión antigua” (fs 18 a 20 y “trastorno de disco lumbar y otros con radiculopatía” (24 a 26) son de origen común; lo cual es objeto de reproche por parte del demandante.

Al respecto encuentra la sala que las enfermedades padecidas por el accionante no se catalogan en el decreto 1832 de 1994 como profesionales de allí que en principio se predique que el dictamen se ajusta a derecho; resta entonces verificar si existe relación de causalidad entre ellas y la labor desempeñada.

Al respecto, la A-quo de oficio decreto como prueba someter al accionante a una nueva calificación del origen de la enfermedad; no obstante, por desidia de este, la misma se tuvo como desistida, a lo cual tampoco existió juicio oral de reproche.

De las demás pruebas documentales obrantes en el expediente no se desprende que las patologías que aquejan al actor, tengan causa o relación con las labores desempeñadas en XXXX. Sobre este tópico, si bien en la demanda se señala que desempeño varios cargos en la compañía, y en uno de ellos se veía precisado a cargar objetos pesados que le generaron sus padecimientos, no demostró su afirmación con algún medio de convicción autorizado. En suma, dejó huérfano de pruebas el proceso.

Si bien obra un oficio del 16 de agosto de 1994 en el que se certificó por el ISS que padece de una hernia discal, y espondilo artrosis, y dichas enfermedades las califica como profesionales (fl 69), la sala no puede dejar de lado que la conclusión vertida, resulta menos contundente que el análisis del puesto de trabajo del accionante, realizado por la ARL, del cual se desprendió que la actividad que desarrolla desde 1993, como fabricante de llantas, se realiza sin sobre esfuerzo, de la columna, es decir no existe relación entre la labor desempeñada y la enfermedad. (fl 247). En otras palabras, para la sala resulta más convincente y completo el análisis detallado del puesto de trabajo actual realizado por un profesional, de la ARL, en el que se hizo una descripción del trabajo, cuáles eran las condiciones del trabajo, las tareas, y recomendaciones.

En esa medida, dado que la enfermedad es de origen común, no le asiste ninguna prestación o cobertura del sistema general de riesgos laborales administrado por la litisconsorte necesaria.”

La Sala confirmó la decisión de primera instancia que absolvió a los demandados de las pretensiones formuladas.

Rad. 008 2011 00604 01 (16 05 2017) M.P. Dr. Jorge Eduardo Ramírez Amaya.

CONTRATO DE TRABAJO Cooperativa de trabajo asociado Teoría del contrato realidad.

Extracto:

“Las EXASOCIADA ha convocado a la demandada para que la jurisdicción declare y condene que existió un contrato de trabajo terminado por causa imputable al patrono, a

pagar indexadas compensación anual o cesantías, los intereses de la compensación anual diferida o interés a cesantías, compensación por descanso anual o vacaciones, compensación por descanso semestral o prima de servicios, dotación, pago a seguridad social, el subsidio familiar, sanción por no consignar en forma oportuna las cesantías, dominicales y festivos y compensatorios, compensación extraordinaria por vía de excedente o indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, compensación ordinario o salarios con respectivos intereses e incrementos de ley, subsidio de transporte, la sanción moratoria del art. 65, CST., contribución por alimento, compensación extraordinaria por productividad, indemnización por despido sin justa causa, por presuntos servicios entre el 18 de enero de 2007 hasta el 28 de junio de 2008, con base en hechos, pretensiones y excepciones suficientemente conocidos y debatidos por las partes protagonistas de la relación laboral y procesal, enteradas éstas de los fundamentos fácticos probados y argumentos jurídicos de la absolución, remitida en consulta a favor de la demandante.”

(...)

“Del precario material probatorio de tipo documental, no se encuentran demostrados los elementos de la relación laboral [art. 23, CST.: prestación personal de servicios, remuneración y la continuada subordinación], extremos cronológicos del inicio y finalización del supuesto vínculo laboral como tampoco la remuneración, por lo que impide liquidar las acreencias pretendidas, pues no existe prueba siquiera sumaria que acredite lo afirmado por la demandante y en derecho afirmar sin probar, es tanto como no tener el derecho, tampoco se puede apelar a la realidad, porque ésta no surge de lo afirmado por la demandante en su libelo, ante la carencia de prueba, lo que conlleva a confirmar la absolución, pues, para que opere la **TEORIA DEL CONTRATO REALIDAD** que pretende en el fondo el apelante, debe estar demostrada la prestación personal de servicio entre una persona natural determinada e identificada por la prueba personal, a favor de una persona jurídica o natural, no probada en autos, entre ellas declaraciones ausentes para el caso, para tener como acreditada aquella.”

Rad. 003 2011 01583 01 (23 06 2017) M.P. Dr. Luis Gabriel Moreno Lovera.

PENSIÓN DE INVALIDEZ Prescripción. Intereses moratorios.

Extracto:

“De los requisitos para la pensión de invalidez

Teniendo en cuenta que la fecha de estructuración de la invalidez de la actora es el 10 de abril de 2000, el marco normativo que la cobija, es el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, que exige como requisitos que el afiliado sea declarado inválido y además:

“a) Que el afiliado se encuentre afiliado al régimen y hubiese sufragado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez, y

b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez”

En el caso concreto de la accionante, de la historia laboral obrante de folio 83, tomando hacia atrás, esto es, del 10 de abril de 2000, el tiempo cotizado, tomamos del 1 de mayo de 1999 al 3 de abril de 2000, para un total de 234 días, que equivalen a 33.42 semanas, número que resulta superior al que exige la norma antes citada, razón por la cual a la señora

XXXX le asiste derecho a que se le reconozca la pensión de invalidez a partir del 10 de abril de 2000, en cuantía del salario mínimo.

Antes de imponerse condena a debe estudiarse la excepción de prescripción formulada oportunamente por la entidad accionada y que es el punto de inconformidad de la parte actora con la sentencia, pues en su sentir dicha figura no tuvo operancia, al considerar que no transcurrió 3 años entre la fecha de calificación del estado, y que la demandante es una persona interdicta frente a quienes se suspende el término prescriptivo.

Conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema, el plazo prescriptivo de la acción tendiente al pago de la pensión de invalidez, empieza a correr desde que el afectado ha tenido “conocimiento acabado” de su estado de invalidez laboral, es decir cuando queda firme la “determinación” de la incapacidad o invalidez laboral que a ese respecto profiere la correspondiente Junta de Calificación de Invalidez.

En el caso concreto, debe precisar la Sala que si bien es cierto la actora el 31 de agosto de 2000, fue calificada por el área de Vicepresidencia de Pensiones del Instituto de Seguros Sociales con pérdida de capacidad laboral del 62.50% estructurada el 10 de abril de dicho año, solicitó la prestación el 11 de septiembre de 2013, con base en ese dictamen, el cual fue desconocido por la accionada, quien nuevamente procedió a su calificación variando tanto el porcentaje como la fecha de estructuración. 64.15% - el 8 de julio de 2013, como ya se dijo.

Ante la controversia entre los dictámenes, el juzgado procedió a enviar a calificar a la accionante ante la Junta Regional de Calificación del Valle del Cauca, entidad que mediante el dictamen de fecha 8 de julio de 2016, reitero que XXXX, presentaba pérdida de capacidad laboral del 62.50%, estructurada el 10 de abril de 2000.

Atendiendo las particularidades del caso, para la Sala el término prescriptivo debe iniciarse a contabilizar a partir de la fecha en que realmente quedó definida la estructuración del estado de invalidez de la accionante, es decir, con el dictamen proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, el 8 de julio de 2016, fecha posterior a la presentación de la demanda, lo que fuerza concluir que en este evento no operó el fenómeno prescriptivo, lo que conlleva la revocatoria del numeral primero de la sentencia impugnada que declaró probada la excepción de prescripción.

Así las cosas, se CONDENARÁ a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora XXXX la pensión de invalidez a partir del 10 de abril de 2000, sobre la base del salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad y 14 mesadas anuales.”

Radicación 008 2015 00702 01 (26 04 2017) M.P. Dra. Elsy Alcira Segura Díaz

.....

PENSIÓN DE INVALIDEZ. Actor solicita indemnización sustitutiva. Actor no acreditó una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 50% que genere el reconocimiento de la pensión de invalidez

Extracto:

“Al no encontrarse acreditado hechos que motiven una pérdida de la capacidad laboral superior a la determinada por la Junta Regional del Quindío, no se desconoce ese medio de prueba y con ello se concluye que el actor no acreditó una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 50% que genere el reconocimiento de la pensión de invalidez, por consiguiente, se mantendrá la decisión de primera instancia.

El otro problema jurídico planteado, versa sobre la procedencia o no del pronunciamiento de la indemnización sustitutiva. Para ello, retomamos las pretensiones de la demanda, no observándose que se hubiese solicitado el reconocimiento de la indemnización que se reclama al formularse la alzada, no pudiendo esta Sala pronunciarse de fondo sobre esa petición, en primer lugar porque carecemos de las facultades consagradas en el artículo 50 del C.P.T. y S.S. porque el legislador sólo las dejó en cabeza del juez de primera instancia, además rompe con el principio del debido proceso porque se sorprendería a la parte demandada con una petición a la que no tuvo oportunidad de pronunciarse. Por esas razones la Sala de Decisión considera que no es procedente el pronunciamiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez.

No obstante las resultas de la alzada, el demandante tiene derecho a acudir a nuevas calificaciones de la pérdida de la capacidad laboral cuando lo considere conveniente, sin limitación de tiempo entre una y otra revisión, como lo permite el literal b) del artículo 44 de la Ley 100 de 1993. Y en caso de obtener un porcentaje igual o superior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral, en caso de que la entidad de seguridad social no acceda por vía administrativa al reconocimiento de las prestaciones económicas, podrá nuevamente acudir a la acción ordinaria laboral para que defina si le asiste o no derecho a esas pretensiones.” Radicación 002 2011 01231 01 (06 04 2017) M.P. Dra. Elsy Alcira Segura Diaz.

PENSION DE SOBREVIVIENTE. Condición más beneficiosa. Dependencia económica de madre con relación a su hija fallecida.

Le corresponde a la sala resolver la consulta de si la madre tiene derecho a la pensión de su hija.

Extracto

“(…) lo que se debe resolver por medio de consulta es si XXXXXX tiene o no derecho a la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su hija XXXX con aplicación del principio constitucional de la condición más beneficiosa. El juzgado de instancia absolvió a la demandada porque la causante no cotizo al menos 300 semanas antes del 1 de abril de 1994 de conformidad con lo establecido en el acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 del mismo año. (…)

La Sala considera que XXXX si dejo causado el derecho de pensión de sobrevivientes con aplicación del principio constitucional de la condición más beneficiosa porque cotizo al menos 150 semanas dentro de los seis años anteriores al 1 de abril de 1994 y 150 semanas dentro de los seis años anteriores al fallecimiento, es decir, entre el 26 de diciembre 1992 y el 26 de diciembre de 1998, tal como lo ha establecido la jurisprudencia de la corte suprema de justicia.

Ciertamente, en la sentencia SL 11548 del 05 de agosto de 2015, radicación No. 53438, la sala laboral de la corte suprema de justicia, para la aplicación de la condición más beneficiosa y respecto del requisito de las 150 semanas exigidas por el artículo 6 del acuerdo 049 de 1990, recordó que estas deben ser cotizadas dentro de los seis años anteriores al fallecimiento y, que la misma densidad de semanas debe estar satisfecha contabilizándolas dentro de los seis años anteriores al 1 de abril de 1994. La corte reitero en esta sentencia lo que ya había señalado en las sentencias del 04 y del 26 de diciembre de 2006, radicaciones 28893 y 29042 en las que manifestó: “dos precisiones cabe hacer entonces, sobre el criterio jurisprudencial vigente en torno a las ciento cincuenta (150) semanas, así: la primera, para quienes fallecen antes del 31 de marzo de 2000 pero después del 1 de abril de 1994, deben haber cumplido con esa densidad dentro de los seis años anteriores a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, e igualmente esa misma densidad dentro de los seis años anteriores a su fallecimiento, permitiéndose la suma de semanas cotizadas tanto antes como después de la ley 100 de 1993; la segunda, para quienes fallecen después de 31 de marzo de 2000, deben haber satisfecho esa densidad dentro de

los seis años anteriores al 1 de abril de 1994, e igualmente esa misma densidad entre el 1 de abril de 1994 y el 31 de marzo de 2000.”.

Además de lo anterior, la sala acoge lo señalado por la corte constitucional en la sentencia de unificación SU442 del 18 de agosto de 2016, relacionada con el principio constitucional de la condición más beneficiosa.

En consideración a lo expuesto, se advierte de la historia laboral que obra a folio 36 del expediente que XXXX cotizo al instituto de seguros sociales, 273,43 semanas durante los últimos seis años anteriores al 1 de abril de 1994 y, un total de 267,57 semanas durante los últimos seis años anteriores al 26 de diciembre de 1998, fecha del fallecimiento, cumpliéndose con ello el requisito mínimo de las 150 semanas en los últimos seis años establecido por la corte suprema de justicia para la aplicación del citado principio constitucional.

En cuanto al requisito de la dependencia económica, la misma se encuentra acreditada con los testimonios de XXXX y XXXX. La primera, manifestó ser hija de la demandante y hermana de XXXXX, que su hermana vivía con su mamá en una casa de barrio obrero de Cali; que eran cuatro hermanos pero solo quedan tres, que su hermana XXXX era la menor; que sus padres se separaron cuando ella tenía 7 años; que su madre no recibe ingresos de ninguna naturaleza, que fue ama de casa y era modista; que con este trabajo sostuvo a sus hijos después de la separación, que en algunas oportunidades salía a otras casas a lavar y planchar ropa; que su hermana mayor se fue para Venezuela a los 18 años y ella se casó cuando tenía 19 años, que su hermana XXXX era la que sufragaba los gastos del hogar; que ella compro unos pasajes para viajar a Venezuela a islas margarita con su mamá y allá se enfermó y falleció; que ella trabajaba en XXXX; que inicio como aprendiz del SENA y después fue vinculada laboralmente, que laboro más o menos 8 años, que después de la enfermedad le cancelaron el contrato de trabajo; que ella no se casó, no vivía con alguna persona ni tuvo hijos, falleció de 33 años.

Por su parte XXXXX manifestó que es casado con XXXXX; que conoce a la demandante desde hace 35 Años; que ella vivía con sus hijos XXXX, XXXX y XXXX, que cuando la conoció era separada; que él se casó con XXXX y formalizaron su hogar aparte; que cuando conoció a XXX ella trabajaba y veía directamente por la demandante, que ella tenía 18 o 19 años y trabajaba independiente; que ella falleció mas o menos en el año 1999, que para el fallecimiento trabajaba por su cuenta pero años antes lo hacía para XXXX, que para el momento de su muerte ella vivía con su madre y era la que se encargaba de los gastos del hogar; que XXXX y XXXX su esposa se llevaban más o menos 1 años; que cuando se conoció con su esposa se casaron a los 4 años, que ella tenía 23 años de edad. Dijo que la demandante no percibe ningún ingreso ni auxilio del estado, que ella vive con ellos dos y ellos son los que le dan apoyo. Que cuando conoció a XXXX ella tenía 19 años y su hermana tenía 18.

Del análisis de los dos testimonios, la sala desprende que XXXX vivió hasta el momento de su fallecimiento con su madre XXXX y que ésta última dependía económicamente de su hija. De ambos testimonios se colige que XXXX no trabaja ni percibe ingresos de ninguna naturaleza, que desde la separación con su esposo vio por la crianza y sostenimiento de sus cuatro hijos generando ingresos con trabajos de modistería, lavado y planchado de ropa y que dichos trabajos no fueron permanentes; que para el momento del fallecimiento de XXXXX ésta dependía económicamente de ella porque le aportaba todo lo necesario para su sostenimiento, lo que hacía con los ingresos que obtenía como trabajadora de XXXXX y después como trabajadora independiente ya que era dibujante. Que no tuvo esposo ni compañero permanente y tampoco deo descendencia.

La Sala, luego de hacer un estudio riguroso de los testimonios anotados, considera que los mismo son serios, responsivos y coherentes, motivo por el cual sirven como elemento de convicción para acreditar la dependencia económica de XXXXX respecto de XXXXX, pues si bien es cierto que los deponentes son parientes de la demandante, la primera por ser la hija y, el segundo, no por consanguinidad sino por afinidad, lo que en lenguaje común se conoce como el “yerno”; también lo es que esa circunstancia por sí sola no afecta la credibilidad o imparcialidad en los dichos, por el contrario, por esa misma circunstancia es

que ellos tienen conocimiento personal y directo que la señora XXXX dependió económicamente de XXXXX.

Aun mas, la Sala no observa en el expediente que la demandante obtenga ingresos provenientes de rentas y auxilios del gobierno, al consultarse el registro único de afiliados a la protección social se encontró que la actora se encuentra afiliada a EPS sanitas y a la caja de compensación familiar COMFENALCO VALLE en calidad de beneficiaria; que no tiene afiliación al sistema general de pensiones ni riesgos laborales, no devenga pensión y tampoco está vinculada a programas de asistencia social. Lo anterior cobra fuerza con el hecho que en la actualidad vive con XXXXX y XXXXX quienes son los que le brindan apoyo económico. Tampoco se desvirtuó por COLPENSIONES la dependencia económica señalada; así que no hay razón para desconocer que la actora tiene derecho a la pensión de sobreviviente reclamada.”

A manera de conclusión, la dependencia económica de XXX con relación a su hija M S se encuentra acreditada y por lo tanto, procede el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a partir del 26 de diciembre de 1998. No obstante, para efectos de la prescripción, el disfrute de la prestación surge a partir del 21 de agosto de 2012 si se tiene en cuenta que la demandante agotó la reclamación administrativa el 21 de agosto de 2015 según se desprende del formato de solicitud de prestaciones económicas que obra en el expediente y de conformidad con lo establecido en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S”

La Sala revocó la sentencia consultada y condenó a Colpensiones a reconocer la pensión de sobreviviente, probada la excepción de prescripción de mesadas pensionales causadas con anterioridad al 21 de agosto de 2012 y condenar a pagar el retroactivo pensional.

Rad. 012 2015 00737 01 (21 01 2017) Acta 013.

Dr. Germán Varela Collazos.

TRANSICION. Régimen especial anterior de los empleados oficiales. No le es dable a ningún asegurado que una vez ha reclamado, obtenido y disfrutado la pensión de régimen especial en transición, como la de Ley 33 de 1985, reclamar la de la ley 100 plena, o pretender injertar a su régimen bajo el cual se pensionó una tasa –por simples razones de beneficio o conveniencia-, pero que viola el principio de unidad e inescindibilidad del ordenamiento jurídico bajo el cual se pensionó, el cual gobierna toda su situación pensional y, en principio, la de sus causahabientes, por fallecimiento.

Extracto:

“El pensionista por jubilación, en transición por Ley 33 de 1985, ha convocado a la demandada para que la jurisdicción la condene y le sea cambiada a pensión de vejez - común- plena con arts. 33 y 34, Ley 100/93”

(...)

“En el caso concreto, el demandante disfruta en régimen de transición de la pensión del régimen especial anterior de los empleados oficiales, Ley 33 de 1985 y Ley 62 de 1985, consagrada en el Art.1, Ley 33 de 1985, precisamente en aplicación y respeto de los derechos adquiridos o respecto de las legítimas expectativas que traía desde antes de expedirse la Ley 100/93, que por vía del art. 36, ib., le permitió acogerse a las primeras normas.

3.- El demandante pretende cambiar de prestación y de ordenamiento jurídico, lo que no está consagrado en norma alguna.

4.- Ahondamos, la pensión que disfruta el demandante es la otorgada en virtud del régimen de transición del art.36, Ley 100 de 1993, que por reunir los requisitos para tal goce, le permitió pensionarse con 55 años de edad y 20 años de servicios en el sector oficial (f.3), y una tasa de reemplazo del 75% establecido en el art. 1, Ley 33 de 1985 y Ley 62 de 1985, lo que obedece, se itera, al respeto de las legítimas expectativas.

Y la transición, art. 36, Ley 100/93 al permitir la aplicación del régimen especial anterior de los servidores públicos con Ley 33 de 1985, benefició al demandante –para personas que son de régimen de transición- la edad al exigirle 55 años de edad, si es hombre –sin discriminación de género-, excepciona la edad de la pensión de vejez de Ley 100/93 plena, porque basta que tenga 55 años si es hombre y veinte años de servicio oficial, continuos o discontinuos. Es decir, que en el caso de hombre le anticipa en cinco años la pensión de vejez, al hacer efectivo su goce cuando cumplió los 55 años de edad, es un beneficio que le otorga el régimen especial de Ley 33 de 1985, por supuesto, siempre y cuando que acepte la aplicación del régimen de transición y del régimen jurídico anterior de empleados oficiales, en régimen de transición, son reglas que no puede antojadizamente variar el pensionista, sin cambio de normas, las que a su vez no permiten modificación alguna.

Y al ser la transición, una excepción al régimen general de la Ley 100 de 1993, el beneficio, al cual se acoge el asegurado, se torna en permanente, así como la norma que lo ampara, no pudiéndose variar ésta ni aquel por el transcurso del tiempo.

Por lo que no le es dable a ningún asegurado que una vez ha reclamado, obtenido y disfrutado la pensión de régimen especial en transición, como la de Ley 33 de 1985, reclamar la de la ley 100 plena, o pretender injertar a su régimen bajo el cual se pensionó una tasa –por simples razones de beneficio o conveniencia-, pero que viola el principio de unidad e inescendibilidad del ordenamiento jurídico bajo el cual se pensionó, el cual gobierna toda su situación pensional y, en principio, la de sus causahabientes, por fallecimiento. Son razones suficientes para confirmar la absolucón.”

Rad. 005 2010 01243 01 (03 03 2017) M.P. Dr. Luis Gabriel Moreno Lovera.

.....

SALA PENAL

ACCIÓN DE REVISIÓN, Presupuestos esenciales. Para instaurar la acción de revisión a través de apoderado se requiere otorgarle poder especial.

Se pronuncia la Sala respecto de la admisibilidad de la demanda de acción de revisión, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Extracto:

“En relación con la presente acción, se conoce que las causales de procedibilidad se encuentran taxativamente determinadas en la ley, arts. 192 de la ley 906 de 2004 así como en el 220 de la ley 600 de 2000, según el caso.

Al revisarse el escrito presentado por el doctor XXXXX en calidad de apoderado judicial del señor XXXXXX se observa que se ha incumplido con dos de los presupuestos indispensables para la procedencia de la acción, a saber:

Para instaurar ésta acción, se exige que sea a través de apoderado y que se otorgue poder especial para actuar conforme lo dispone el artículo 193 de la ley 906 de 2004.”

(...)

“Concatenando dicho requisito con la demanda presentada por el doctor XXXXX en calidad de apoderado judicial del señor XXXXX, brilla por su ausencia el aludido requisito, por cuanto no se observa poder especial que lo legitime para adelantar acción de revisión.

Y si bien el señor XXXXX ha reconocido personería al abogado XXXX para que lo represente como su defensor de confianza dentro del proceso adelantado por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, ello no lo habilita ni faculta para proponer la acción de revisión pues, para ello el titular de los derechos que se consideran trasgredidos, ha de autorizarlo expresamente, mediante poder especial, máxime cuando dentro de las facultades allí contenidas no se hace alusión a este trámite constitucional.

Aunque la falta de legitimidad del libelista es motivo suficiente para inadmitir la demanda, ha de anotarse que también se debía aportar la correspondiente copia de la decisión que se ataca y la constancia de ejecutoria de la sentencia emitida en su contra.”

(...)

Documentos que tampoco fueron anexados al presente tramite, evidenciándose la falta de otro requisito establecido por el legislados en tratándose de la instauración de la acción de revisión.

Así las cosas, la sala de decisión penal rechazara in limine la demanda de acción de revisión presentada por el doctor XXXXX en calidad de apoderado judicial del señor XXXXX, ante el incumplimiento de presupuestos esenciales para su admisión y tramite que en derecho corresponde.”

La Sala rechazó de plano la demanda de Acción de Revisión.

Rad. 000 2017 00282 00 (21 03 2017) Acta 085. M.P. Dr. Orlando Echeverry Salazar

ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO. Retracción. Testimonio de la víctima, La declaración de la madre de la víctima.

Procede la sala mayoritaria a resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor contra la sentencia del 5 de abril de 2016 proferida por el juzgado 16 penal del circuito de Cali en la que se condenó a XXXX como autor de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo sucesivo a la pena principal de 19 años de prisión más la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el termino de 15 años, al paso que le negó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el sustituto de la prisión domiciliaria.

“Entre el segundo semestre del año 2011 y mayo 2012, en el inmueble ubicado en la carrera 50F No. 10-41 del barrio lleras Camargo de esta ciudad, XXXX sometió en tres oportunidades a su prima XXXX de 7 años de edad para ese entonces a actos libidinosos consistentes en acceder carnalmente con el pene a la menor por vía oral.

Efectuada la captura de XXXX el 19 de junio de 2013 por virtud de la orden de captura originada en la denuncia penal que interpuso la madre de la menor el 9 de agosto de 2012, la fiscalía en audiencia del 19 de noviembre de 2013 lo acuso como autor de **acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo sucesivo** (arts. 208 y 211 – 5 del C.P.).”

(...)

“Para la sala mayoritaria la decisión materia del recurso debe ser confirmada porque, de un lado, las alegaciones del recurrente constituyen la reiteración de los alegatos finales en

relación con los cuales el juez se pronunció de manera clara y suficiente frente a cada uno de ellos.

De otro lado, la valoración del acervo probatorio que hizo el a quo: i. se aviene con las reglas de la sana crítica, la lógica, la ciencia y las reglas de la experiencia y con lo que la jurisprudencia penal tiene definido en relación con el examen del testimonio del menor víctima del abuso sexual; ii. Por lo mismo, razón por la cual analizo a profundidad el testimonio de la menor víctima, el cual está integrado no solo por las afirmaciones que hizo en el juicio sino por lo que de manera clara, reiterativa y consistente sostuvo ante los peritos del INML y funcionarios del ICBF respecto de las agresiones sexuales de las que fue víctima y, iii. Análisis de manera conjunta el universo probatorio, el cual se encuentra constituido por el testimonio técnico de los profesionales que valoraron a la víctima y por el menor XXXX quien presenció los vejámenes sexuales a los que el aquí procesado sometió a la menor; elementos de juicio estos que llevan al convencimiento de la materialidad del delito y la responsabilidad penal del aquí implicado en el mismo.”

(...)

“Sostiene el apelante que la decisión de condena es desacertada porque esta fincada exclusivamente en prueba de referencia constituida por el testimonio de los peritos quienes solo **“transcribieron unos hechos a los cuales les fue narrado por la víctima (SIC), sin poder establecer si la víctima tenía o no razones para mentir o para decir la verdad”**; máxime cuando esta, de un lado, si bien narro que fue objeto de abuso sexual, nada dijo sobre la identidad del agresor ni cuándo y cuantas veces sucedió el mismo y, de otro, no puede perderse de vista que la víctima había sido abusada por una persona de nombre XXXX.

Tal alegación del recurrente resulta jurídicamente inadmisibles pues: el impugnante desconoce que tratándose de delitos sexuales contra menores de edad la prueba pericial tiene, para los fines del proceso, la connotación de prueba directa y como tal constituye fundamento legítimo de la condena. Es prueba directa porque los peritos, en ejercicio de su profesión; de su función valorativa y/o examinadora y de su experiencia profesional en su disciplina, percibieron a través de sus sentidos lo que la víctima les narra sobre las agresiones que sufrió y frente a ello basaron su opinión pericial.”

(...)

“Afirma el recurrente que el a quo se equivocó al no dar credibilidad a la afirmación que hizo la menor en cámara Gesell en el sentido de que la agresión sexual por parte del aquí enjuiciado nunca existió, pues: i. fue otro juez y no el a quo el que presenció dicha declaración; luego, no puede el **“fallador de primera instancia no dar credibilidad a un testimonio como es el de la menor víctima, descalificarlo, sin haber tenido la oportunidad de haberla controvertido personalmente tal como lo exige la norma del artículo 379 del código de procedimiento penal”** y, ii. La menor fue clara, reiterativa y consistente en el juicio en que el aquí procesado nunca la tocó y que la incriminación que hizo en su contra obedeció un acto de venganza porque este no le prestaba el computador.

Para la Sala mayoritaria esta alegación del censor no puede ser admitida en atención a que la declaración anterior que suministro la menor ante el psicólogo de la Unidad Caivas de la Fiscalía *–declaración con base en la cual la Fiscalía impugnó la credibilidad de la menor–* constituye evidencia sustantiva contra el aquí acusado.”

(...)

“Advera el apelante que el juez sin ningún fundamento válido le restó credibilidad al dicho de la madre de la víctima quien en el juicio fue enfática en que presentó la denuncia en contra del aquí implicado coaccionada por el funcionario del ICBF que la habían amenazado con quitarle la menor si no denunciaba los hechos; que nunca “ha visto en nada malo” al acusado; que su hija jamás le manifestó que fue abusada sexualmente por este; que quien agredió sexualmente a su hija fue XXXX y que si bien escucho que en medicina legal la menor hizo referencia a que los mismos hechos que cometió XXXX los cometió aquí el acusado, dudo de tal aseveración su hija nunca le contó a ella sobre tal suceso.

Tal alegación del recurrente tampoco puede ser respaldada por la sala mayoritaria en atención que:

a. la aseveración de la madre acerca de que denunció al aquí procesado por temor a las amenazas de funcionarios del ICBF de “quitarle” a la menor sino lo hacía, de un lado, constituye una mera afirmación carente de respaldo probatorio de los funcionarios del ICBF, quienes por su amplia experiencia en el manejo de los casos de abuso sexual infantil conocen el trámite a adoptar en este tipo de situaciones y que el delito, por ser investigable de oficio, puede ser denunciado por cualquiera.

b. si bien pudo suceder que la menor nunca le contó a la testigo –su mamá- que el aquí acusado abusó sexualmente de ella, lo cierto es que se enteró de ello al escuchar el relato de los hechos que la menor hizo ante las autoridades y, C. que la madre de la menor se retracte de la denuncia bajo el absurdo argumento de que no cree que el abuso sexual contra su hija por parte del aquí implicado haya existido porque esta nunca le dijo nada de ello resulta inaceptable desde todo punto de vista pues no se aviene con lo que común y ordinariamente ocurre en casos semejante: que las madres movidas por el instinto de protección hacen todo lo que este a su alcance para proteger a sus hijos de cualquier evento calamitoso.”

SALVAMENTO DE VOTO

“En la apreciación del testimonio, conforme el artículo 404 del C.P.P., el juez tendrá en cuenta los percepción, memoria, la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad de los sentidos, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, la personalidad y sus respuestas, entre otros.

Aspectos que aplicados al presente caso, no se satisfacen plenamente en un mismo sentido, primero porque al niño primo de la víctima no describe la forma de percepción, las condiciones del lugar, la manera como se desarrollan los hechos, que es precisamente las exigencias de valoración para asignar la convicción que pueda merecer. Máxime cuando no presencio el suceso por el cual se acusó al procesado, sino que como lo hizo la víctima, describió unas acciones sexuales ajenas al motivo de la acusación al observar acceso vaginal y anal, más no oral.

La declaración de la niña víctima no la acompaña claramente su proceso de memoria y rememoración, en atención que crea confusión en dos episodios similares. Expresando sucesos que no se compadecen con otros medios de prueba. Información que en tales circunstancias se extiende a otras evidencias testimoniales como los profesionales que hicieron sus relatos de manera cómo los obtuvieron de parte de la menor. Por ello, antes que credibilidad sus dichos generan duda en cuanto a lo sucedido y las condiciones modales y temporales como sucedieron, porque si la niña y ellos anuncian accesos que no existieron, sencillamente sus declaraciones no logran alcanzar la persuasión necesaria para considerar demostrados los hechos y sus consecuencias.

Tal como lo sostiene la corte suprema de justicia en la sentencia antes anotada, la valoración de la prueba debe discernir hacia donde se inclina la balanza, es decir, si existe claridad no solo en cuanto a la ocurrencia del hecho, sino en la responsabilidad, entendiendo que el grado de conocimiento no puede ser abstracto sino referido a un objeto determinado, eso es, que el juicio probatorio forzosamente debe fundamentarse en los medios de convicción dinamizados en la actuación procesal con miras a encontrar respuesta a la finalidad del proceso.

Observando en ese sentido este asunto, los elementos probatorios se inclinan por la duda sobre los presupuestos del debate penal, que no podría considerarse superada, dado que las principales evidencias testimoniales no reflejan confianza en la reconstrucción de los hechos y su autoría. Uno, no alcanza a presenciar los hechos del pliego de cargos, como acontece con el niño primo de la víctima; y dos, el dicho de la menor afectada en diversas oportunidades se muestra contradictorio; tres, las dos versiones resultan desmentidas por la prueba científica del instituto nacional de medicina legal; y por último el relato de los profesionales que declararon en este proceso obtuvieron la versión de la niña y aportaron en las mismas condiciones recibidas.

En este aspecto, la Sala mayoritaria sostiene que “...*El hecho de que en examen sexológico haya arrojado como resultado que la menor tiene himen integro, en nada niega la ocurrencia del abuso sexual pues el acceso carnal atribuido al aquí procesado es oral del que no queda evidencia y no vaginal y/o anal, lo cual explica ese hallazgo...*”. De donde se infiere, que como no queda evidencia verificable por medicina legal tratándose del acceso oral, este lógicamente se demuestra con prueba testimonial, la misma que igual relata cómo viene expresando otros accesos, que al ser tácitamente desechados se está atribuyendo veracidad parcial. En consecuencia se rechaza sin razón alguna los hechos que no constituyen motivo de la acusación, pero que igual tiene la misma entidad fáctica y jurídica. Lo cual desconoce el principio de valoración integral de la prueba.

Entonces, en atención a las pruebas aportadas a la actuación resulta procedente concluir que la fiscalía no logro probar más allá de toda duda razonable la responsabilidad del señor XXXX, como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo, en los términos del artículo 381 del C.P.P. y por ello, considero que este presupuesto no logra superar razonablemente la duda protectora de la presunción de inocencia del procesado.

Por ello, considero que la Sala debió arribar a esta conclusión y por ende declarar la absolución del procesado.”

Rad. 000 2013 00456 00 (21 07 2017) Acta 180 A. Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda

Salvamento de Voto: Dr. Carlos Antonio Barreto Pérez

ALLANAMIENTO A CARGOS. Retracción.

Conducta punible: Receptación., Fraude procesal, Concierto para delinquir.

Le corresponde a la Sala resolver recurso de apelación interpuesto por el defensor, por medio del cual fue condenado como coautor de los delitos de receptación, fraude procesal, concierto para delinquir y otros.

Extracto:

“Al momento que la fiscalía le comunico los cargos a XXXXX, ninguna aclaración, observación o información le hizo respecto del ofrecimiento del que ahora menciona el apelante, olvidando el profesional del derecho que la imputación está determinada por las situaciones, contenido y requisitos que consagran los arts. 287 y 288 de la ley 906 de 2004, los que cumplió el ente investigador a cabalidad.

Sobre esos precisos aspectos-narración fáctica, jurídica, la posible pena a imponer y la rebaja que obtendría- fue que el imputado decidió allanarse consciente y libremente.

La manifestación que hizo la fiscal, y que reconoció habersele puesto de presente al defensor en esa audiencia preliminar, sobre la posibilidad de acudir al principio de oportunidad respecto de hechos e investigaciones futuras y distintas a la imputada, en nada afecto el consentimiento del imputado para determinarse de manera voluntaria como lo hizo, en la medida que, de un lado, se trató de una expresión que no hizo parte de ese acto de comunicación de cargos –art. 286 del C. P.P.-, sino de una información para hechos e investigaciones en curso y distintas, y de otro lado, en nada varia la situación imputada y la decisión de aceptarlos, porque se trata de una circunstancia que aún puede presentarse, y el mal llamado ofrecimiento que hizo el ente investigador, por tratarse de una información que no hizo parte de la formulación de la imputación como ya se indicó, sino que se trató de una expresión dialogada e informal entre ella y la defensa, no era vinculante para el procesado, máxime si, la labor de la defensa precisamente era asesorarlo para que entendiera que se le estaba endilgando y sus consecuencias.

Se trajo a colación, el pronunciamiento de la corte suprema de justicia, en sala de casación penal, bajo el radicado No. 39.707 del 13 de febrero de 2013, donde se trató el tema de procedencia de la retractación del allanamiento de cargos.

En esta oportunidad, y ya frente al recurso interpuesto contra la sentencia condenatoria, el único argumento novedoso que expuso, fue el precisar que se configuro un error en el consentimiento del imputado al momento de aceptar los cargos. No obstante, en ese sentido tampoco le asiste razón al apelante porque:

1. La irregularidad alegada quedo indemostrada, en la medida que lo expuesto por el cómo circunstancia que afecto el consentimiento del imputado, nos constituye afectación o menoscabo alguno a la facultad de auto determinarse, puesto que, se itera, la manifestación que hizo la fiscal, y que reconoció habersele puesto de presente al defensor sobre la posibilidad de acudir al principio de oportunidad respecto de hechos e investigaciones futuras y distintas a la imputada, se trató de una expresión que no hizo parte de ese acto de comunicación de cargos –art. 286 del C.P.P-, sino de una información para hechos e investigaciones en curso y distintas, que en nada vario la situación imputada y la decisión de aceptarlos, porque, incluso, se trata de una circunstancia que aún puede presentarse y de esa distinción tuvo pleno conocimiento el procesado.
2. Precisamente, de una vez formulada la imputación, la jueza de control de garantías hizo un receso de 15 minutos para que los defensores dialogaran con los procesados y les explicaran las consecuencias jurídicas de aceptar o no los cargos y de una vez reanudada la diligencia, procedió a interrogarlos uno a uno, concretamente a XXXXX, quien de manera libre, consciente y voluntaria opto por allanarse a los cargos sin que haya hecho manifestación alguna de no haber entendido esa situación o de entender una realidad distinta a la que le formulo la fiscalía.

Repara el apelante que respecto de su prohijado no se configuran desde lo factico y lo jurídico, los delitos de concierto para delinquir, fraude procesal, falsa denuncia y estafa agravada, por cuanto la fiscalía no presento elemento material probatorio donde se pudiera inferir razonablemente que el pertenecía a una organización delictual, que los miembros de dicha organización se hayan organizado voluntariamente con un objetivo común y que dicho objetivo haya puesto en peligro la seguridad pública, como tampoco que haya formulado falsa denuncia.

El reproche en ese sentido no es viable, teniendo en cuenta que:

1. La fiscalía lo vinculo a la presente investigación en calidad de coautor en esas conductas punibles y principalmente por hacer parte de una organización criminal dedicada al tráfico de vehículos hurtados en varias ciudades de Colombia para ser comercializados en otros países como Ecuador, Bolivia, Venezuela, Perú, cuyo cabecilla principal es XXXXX, quien se encontraba en el departamento del Quindío y es quien se encarga de coordinar toda actividad ilícita en asocio con otras 10 personas más, dentro de las que se encuentran XXXXX.
2. Cuando el imputado XXXXX decidió aceptar los cargos, renuncio al juicio oral, donde pudo discutir en torno a la tipicidad, a la inexistencia del hecho investigado, la responsabilidad y a la ausencia de uno de los presupuestos del comportamiento delictual.

La defensa técnica tenía la carga de adelantar, investigar y recaudar los elementos materiales probatorios, evidencia física e informes interesantes a su teoría que fueran idóneos, conducentes y pertinentes para lo que pretendiera demostrar al interior del proceso penal, esto es, la atipicidad de las conductas y la ausencia de responsabilidad. Si ellos no sucedió de esa manera, y quien fungió como defensor asesorar al procesado para que de manera voluntaria aceptara los cargos, no puede entonces pretenderse ahora, a través de

recurso de alzada, trasladar esa responsabilidad a la judicatura respecto de las consecuencias del allanamiento a cargos, máxime cuando el mismo procesado fue consciente de esa situación, expreso que entendió adecuadamente y no se opuso a los aspectos de la imputación que le fueron formulados.

Por lo tanto, si el procesado con el allanamiento a cargos admitió los elementos de la conducta punible, mal haría el defensor pretender en esta oportunidad alegar que las conductas son atípicas y que no participo en ellas, pues con ello no hace cosa distinta que desconocer la manifestación de voluntad de su representado, de aceptar los cargos de manera libre, simple, consciente y bajo la adecuada e idónea asesoría jurídica, y en punto a la falta de participación en los delitos por los cuales se allano, la jurisprudencia ha considerado que son coautores quienes a pesar de haber desempeñado funciones que por sí mismas no configuren delito, han actuado como coparticipes de una empresa común, así su conducta individualmente considerada no demuestre subsumida en el respectivo tipo penal e independientemente que entre los coautores se conozcan.”

La Sala confirmó la Sentencia que condenó al implicado como coautor de los delitos de Receptación, Fraude procesal, Concierto para delinquir entre otros.

Rad. 000 2015 00314 00 (31 03 2017) Acta 097. Dr. Juan Manuel Tello Sánchez

BENEFICIO ADMINISTRATIVO. Permiso hasta por 72 horas. La exigencia de haber descontado el 70% de la pena impuesta para efectos del otorgamiento del permiso administrativo de 72 horas se encuentra aún vigente en el ordenamiento jurídico,

Decide la sala el recurso de apelación contra el auto inter locutorio mediante el cual decidió no aprobar el permiso administrativo hasta por 72 horas.

“Bajo tal premisa, cuenta la Sala con que el señor XXXXX fue condenado como autor penalmente responsable del delito de Secuestro Extorsivo y Fabricación, Tráfico o Porte de Armas de Fuego a la pena principal de 27 años, actuación que correspondió conocer por competencia al Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Cali.

De acuerdo con lo constatado en la foliatura, desde el momento en que fue privado de la libertad, hasta la fecha de la providencia objeto de alzada, el procesado ha descontado de la pena impuesta un total de 151 meses, 8.96 días.

En ese orden de conformidad con el fallo de primer grado, el tiempo que el señor XXXX ha purgado de su condena no se logra enmarcar dentro de lo previsto por el numeral 5 del artículo 147 de la ley 65 de 1993, pues aquel porcentaje frente a la pena impuesta al procesado es equivalente a 226 meses y 24 días y por lo tanto, la negativa frente a la aprobación del beneficio administrativo de hasta setenta y dos (72) horas encuentra sustento en el incumplimiento del factor objetivo exigido por la ley aplicable.

Ahora bien, como quiera que el punto medular del sensor radica en que el termino de vigencia de las normas establecidas en la ley 540 de 1999 fue de ocho (8) años y que por tanto aquella exigencia no le es aplicable, lo cierto es que de forma particular la exigencia de haber descontado el 70% de la pena impuesta para efectos del otorgamiento del permiso administrativo de 72 horas se encuentra aún vigente en el ordenamiento jurídico, en la medida que la competencia de la justicia especializada se prorroga indefinidamente por el artículo 46 de la ley 1142 de 2007, aspecto que ha sido decantado por la jurisprudencia de la corte suprema de justicia...”

(...)

“Es así como la decisión de primera instancia se encuentra fundamentada en la legalidad, pues está acorde con el precedente jurisprudencial que ha sentado la Corte Suprema de Justicia sobre la materia.

Además, debe aclararse que si bien la ley 1709 de 2014, modifico algunas disposiciones normativas de la ley 599 de 2000, lo cierto es que en relación con el instituto del beneficio

administrativo de 72 horas, sigue incólume las exigencias que el legislados ha previsto para tal fin, motivo por el cual no hay lugar a acudir a la citada ley.

En ese orden, concluye la Sala que el fallo del juez de ejecución de penas se encuentra ajustado a derecho y la providencia que en segunda instancia impera es la de su confirmación”

La Sala confirmó el auto interlocutorio mediante el cual el Juzgado Séptimo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali, improbió la solicitud de reconocimiento del beneficio administrativo de permiso hasta por 72 horas.

Rad. 000 2006 03467 01 (28 02 2017) Acta 073. M.P. Dra. Socorro Mora Insuasty

BENEFICIO ADMINISTRATIVO. Permiso hasta de 72 horas. Actos Sexuales con menor de 14 años

Le corresponde a la sala el recurso de apelación contra el auto interlocutorio No 2095 de octubre de 2016, mediante el cual el juzgado séptimo de ejecución de penas y medidas de seguridad de Cali decidió no aprobar el permiso administrativo hasta por 72 horas solicitada en favor del condenado.

Extracto:

“Ahora, tal como lo ha decantado la primera instancia, si bien en el presente asunto se ha acompañado documentación que fundamenta la petición de permiso hasta por 72 horas, no es menos que la situación del sentenciado se encuadra dentro de las previsiones normativas que establece la ley 1098 de 2006.

Y es que el delito por el cual fue condenado el señor J...E...C...C... es el de Actos Sexuales con Menor de 14 años, por lo que su situación se encuentra dentro de las previsiones normativas de la ley 1098 de 2006, ...”

“Nótese que el hecho se cometió en el año 2008, es decir, con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 1098 de 2006, lo cual indica que el penado está dentro de las previsiones normativas contempladas por el legislador y que excluye esta clase de delitos.

Ahora, mírese que la ley 1709 de 2014, no modifica en ningún sentido la ley 1098 de 2006, por lo que debe entenderse que en la actualidad se encuentra vigente el artículo 199 de la ley 1098 y por tanto, por virtud de la ley, es necesario que se le aplique la exclusión legal que consagra el legislador.

Mucho menos puede equipararse la jurisprudencia que trae a colación a su particular situación, ya que en aquellos casos se analizan los postulados de la ley 1121 de 2006. Circunstancia que difiere del presente asunto.

Debe quedar claro que la ley 1098 de 2006, es una norma especial, que debe tenerse en cuenta a partir de su entrada en vigencia, y donde no se ha previsto ninguna clase de excepciones, por lo que al analizar la situación se encuentra que no es posible obviar las exclusiones consagradas por el legislador en la citada ley.”

La Sala confirmó el auto interlocutorio proferido por el juzgado de Séptimo de Ejecución de Penas y Medidas de esta ciudad, que no aprobó el permiso administrativo .

Rad. 193 2008 11541 01 (06 02 2017) acta 023. Dra. Socorro Mora Insuasty

BENEFICIO ADMINISTRATIVO. Permiso de hasta 72 horas. Prohibición de beneficios y mecanismos sustitutivos para quienes sean juzgados, entre

otros, por delitos ofensivos de la Libertad, integridad y formación sexual siendo la víctima un menor de edad.

Conducta punible: Acceso carnal violento e Incesto

Extracto:

“Claro es entonces, que la prohibición de **beneficios** de que trata el artículo 199 de la ley 1098 de 2006, cubija a todo aquel que sea imputado, acusado o condenado por un delito sexual, entre otros, y que la víctima sea un menor de edad, **cerrándose la posibilidad para quien reuniendo esos presupuestos, de acceder a cualquier beneficio judicial o administrativo.**

Ergo, es ilegal conceder el beneficio administrativo de hasta 72 horas al sentenciado xxxxxxxxxxxxxxxx, ello de conformidad a las prohibiciones contenidas en el artículo 199 de la ley 1098 de 2006, pues si bien el sentenciado alega que es prohibición no puede tenerse como negación absoluta de los derechos básicos de los condenados, como lo es el derecho a la igualdad, debido proceso y dignidad humana, debiéndose reconocer además porque ha cumplido con el tratamiento penitenciario, estando en la fase de mediana seguridad, no puede perderse de vista que la ley ha sido clara en cuanto a la prohibición de beneficios para los condenados por delitos contra la libertad e integridad sexuales de menores de edad.”

Rad. 231 2009 00893 01 Acta No. 192 (11-07-2017) M.P. Dr. Orlando Echeverry Salazar.

BENEFICIO ADMINISTRATIVO. 72 Horas. Permiso para salir del centro de reclusión sin vigilancia.

Conducta punible: Porte de armas. Constreñimiento ilegal. Hurto calificado agravado. Utilización de uniformes e insignias.

Le corresponde a la sala revisar la apelación mediante la cual no fue aprobada el permiso para Salir del centro de reclusión sin vigilancia por no cumplir el requisito del numeral 6 del artículo 147 de la ley 65 de 1993.

Extracto:

“La finalidad de los beneficios administrativos previstos en el artículo 146 de la ley 65 de 1993 (permiso de 72 horas, libertad y franquicia preparatorias, el trabajo extramuros y penitenciaria abierta), los cuales permiten al condenado cierto grado de libertad durante el descuento de la sanción, apuntan a asegurar la resocialización gradual del mismo, para prepararlo para su reintegro a su vida en comunidad, de ahí que quien aspire a acceder al permiso de 72 horas deberá cumplir la totalidad de las exigencias previstas en el artículo 147 del citado estatuto y demás normas que lo reglamentan.

Según certificado visible a folio 112 del cuaderno principal expedido por el consejo de evaluación y tratamiento del instituto nacional penitenciario y carcelario, dirección de evaluación y tratamiento, mediante acta No. 2422-010-2016 del 12 de abril de 2016, el señor XXXXX ha sido ubicado en fase de mediana seguridad.

El interno XXXXX fue condenado a una pena de 162 meses de prisión y su captura opero el 25 de octubre de 2010, entonces, a la fecha, ha descontado 76 meses físicos, cifra a la cual debemos sumarle 14 meses y 26 días de redención de pena, quedando en definitiva 90 meses y 26 días descontados, superando, de esa manera, la tercera parte exigida por la norma que equivale a 54 meses.

A folio 114 obra constancia expedida por la dirección de investigación criminal e interpol del 16 de noviembre de 2016, a través de la cual se comunica que XXXX actualmente no tiene requerimiento de ninguna otra autoridad por razón de otro proceso.

A folio 120 del expediente obra certificado expedido por la oficina de investigaciones internas del complejo penitenciario y carcelario de Jamundí, en el cual se indica que en contra del señor XXXXX “no se encontró registros de informes y/o sanciones disciplinarias”.

Ahora, respecto al requisito del numeral 6, es de anotar que este se compone de dos partes, el primero que atañe a haber trabajado, estudiado o enseñado durante la reclusión, lo que claramente se vislumbra en los certificados de cómputo, por lo cual se le han reconocido 14 meses y 26 días de redención de pena a su favor.

El segundo alude a haber observado buena conducta certificada por el consejo de disciplina y, a partir de allí, fue que la señora juez de primera instancia decidió negar el beneficio de 72 horas al condenado, tomando como base que el señor XXXX presentaba antecedentes disciplinarios según fallo del 23 de octubre de 2008, por medio del cual el EPMSC de santa marta le impuso una sanción de pérdida de 60 días de redención de pena y el fallo 0014 del 11 de enero de 2013 del EPMSC de Valledupar que lo sanciono con 10 días de visitas sucesivas.

Analizando los argumentos que presenta el apelante XXXXX en su escrito de sustentación del recurso, advierte la sala que al mismo le asiste razón cuando señala que, en su caso particular, las sanciones disciplinarias que le impusieron datan de 8 y 3 años atrás, respectivamente, las cuales ya fueron cumplidas, entre otras cosas, destaca que la sanción del 23 de octubre de 2008 pertenece a otro proceso por el cual estuvo privado de la libertad por cuenta del establecimiento penitenciario y carcelario de santa marta, por lo que no se le puede trasladar esa sanción a la que actualmente purga.

Sobre la sanción del 11 de enero de 2013, consistente en suspensión de 10 visitas sucesivas, que si corresponden al proceso actual, se tiene que en la cartilla biográfica ya aparece como cumplida y, además , esa situación se presentó hace 4 años y, después, su conducta en los periodos comprendidos entre el 27 de octubre de 2010 y el 6 de diciembre de 2012 en la cárcel de Valledupar fue calificada entre buena y ejemplar y solo entre el 7 de diciembre de 2012 al 26 de marzo de 2013 obtuvo calificación “mala”, mientras que en el centro penitenciario y carcelario de Jamundí presenta conducta “regular” entre el 5 de junio y el 4 de septiembre de 2013, pero, a partir de allí ha tenido una conducta “buena” entre el 5 de septiembre de 2013 y el 9 de junio de 2014 y “ejemplar” entre el 10 de junio de 2014 y el 10 de octubre de 2016 (folio 118).

De otra parte, a folio 120 del expediente obra certificado expedido por la oficina de investigaciones internas del complejo penitenciario y carcelario de Jamundí, en el cual se indica que en contra del señor XXXXX “no se encontró registro de informes y /o sanciones disciplinarias”.

Téngase en cuenta que, según los artículos 9 y 10 de la ley 65 d 1993, la pena tiene como fin principal la resocialización del delincuente, lo cual se logra por medio de la aplicación del tratamiento penitenciario mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación bajo un espíritu humano y solidario. Así, cuando la pena se cumple en establecimiento carcelario, el condenado queda sometido a un tratamiento que propende por prepararlo para su resocialización y su vida en libertad.

Considera la colegiatura que en estos caso el juez debe ser más flexible a la hora de decidir sobre un beneficio tan importante como el permiso de 72 horas para salir del penal sin vigilancia, máxime tratándose de una persona que lleva privado de la libertad mas de 7 años sin ver a su familia, pues ello iría contra los fines resocializadores de la pena y, por ende, vulneraría la dignidad del recluso; de ahí que, al observar que el actor cumple con los requisitos exigidos por la norma, se revocara el auto interlocutorio No.2104 emitido el 6 de diciembre de 2016 por el juzgado 2 de ejecución de penas y medidas de seguridad de Cali para, en su lugar, aprobar el permiso para salir del centro de reclusión sin vigilancia de acuerdo a lo estipulado en el artículo 147 de la ley 65 de 1993, pues no puede desconocerse la ejemplar conducta que ha venido caracterizando al procesado en los últimos años, demostrando con ello la efectivización del tratamiento carcelario, comportamiento que ha permitido que tanto el consejo de disciplina del trabajo como el consejo de evaluación y tratamiento, lo ubiquen dentro de la fase de mediana seguridad y que se haya incoado la

correspondiente solicitud con el fin que se estudie la legalidad del beneficio administrativo reclamado.”

La Sala revocó el Auto Interlocutorio emitido por el Juzgado y en su lugar aprobó el permiso para salir del centro de reclusión sin vigilancia.

Rad. 624 2010 80771 01 (19 04 2017) Acta 119. Dr. Roberto Felipe Muñoz Ortiz.

COMPETENCIA. Acumulación jurídica de penas. Lesiones Personales Dolosas. La Sala se pronuncia respecto la incompetencia, propuesta por la juez 4 de ejecución de penas y medidas de seguridad de esta ciudad, para continuar conociendo la ejecución de la pena impuesta, por el delito de lesiones personales dolosas.

Extracto

“Razón le asiste a la juez 8 de ejecución de penas y medidas de seguridad de esta ciudad cuando considera que la acumulación jurídica de penas en el caso de marras le corresponde pronunciarse al juzgado 4 de ejecución de penas y medidas de seguridad, veamos:

En efecto, revisando con determinación las actuaciones que se han adelantado en el presente asunto se extracta que el señor XXXXX fue judicializado por los delitos de homicidio en concurso con porte ilegal de armas y lesiones personales dolosas, por hechos ocurridos el 2 de abril de 2007. Que por el delito de homicidio y porte ilegal de armas acepto cargos bajo la figura de preacuerdo realizado con la fiscalía 21 seccional de Cali, en consecuencia se hizo ruptura de la unidad procesal para que se investigara separadamente el delito de lesiones personales dolosas.

Que en ese orden, el juzgado 13 penal del circuito de Cali, dentro del expediente radicado 760016000000207-002010, condeno al señor XXXXX a la pena de 107 meses de prisión por el delito de homicidio simple y porte ilegal de armas, mediante sentencia dictada el 8 de septiembre de 2009, cuya vigilancia fue asignada al juez octavo de ejecución de penas y medidas de seguridad de Cali, despacho que mediante providencia interlocutoria de 27 de febrero de 2017, declara la libertad por pena cumplida desde el 18 de octubre de 2015.

Por su parte el delito de lesiones personales dolosas, corresponde su conocimiento al juzgado 5 penal municipal con funciones de conocimiento de Cali, quien mediante sentencia número 153 de 6 de noviembre de 2007, condeno al señor XXXX a la pena de 23 meses, 01 día de prisión, vigilancia que le fue asignada al juzgado 4 de ejecución de penas y medidas de seguridad de Cali y que está vigente.

En ese orden, le asiste al juez 8 de ejecución de penas y medidas de seguridad de Cali, cuando refiere que al haber decretado la pena del cumplida de la condena impuesta por el juzgado 13 penal del circuito de Cali, no le corresponde al despacho a su cargo pronunciarse sobre la acumulación de penas con respecto a la pena impuesta por el juzgado 5 penal municipal con funciones de conocimiento de Cali, puesto que la ejecución de la misma está a órdenes de su homologo el juzgado 4 de ejecución de penas.

Lo anterior, como quiera que una vez el juzgado 8 de ejecución de penas y medidas de seguridad, decreto la pena cumplida por el delito de homicidio y porte ilegal de armas, perdió competencia para conocer de la ejecución de penas respecto del señor XXXXX.

Ergo, el competente para resolver sobre la posible acumulación de penas, es el juez cuarto de ejecución de penas y medidas de seguridad de Cali, ya que, se itera, es quién vigila la pena que actualmente descuenta el señor XXXXXX y que está vigente, pues pese a que se trata de delitos conexos, con respecto a la pena impuesta por el delito de homicidio y porte ilegal de armas se otorgó la libertad por pena cumplida desde el 18 de octubre de 2015, mediante auto interlocutorio No. 210 de 27 de febrero de 2017 proferido por el juzgado 8 de ejecución de penas y medidas de seguridad de Cali, en consecuencia este despacho perdió competencia.”

La Sala Declaró que la competencia para conocer de la acumulación jurídica de penas a favor del señor XXXXX, en el presente asunto es el juzgado (4) de ejecución de penas y medidas de seguridad de Cali, Valle, atendiendo a lo expuesto en ésta providencia.

Rad. 000 2017 00210 00 (21 03 2017) Acta 084. M.P.Dr. Orlando Echeverry Salazar

HOMICIDIO CULPOSO. Prueba indiciaria. Corresponde a la Sala revisar el recurso de apelación presentado por la Fiscalía de la Sentencia No. 079 del 14 de julio de 2016 proferida por el Juzgado 22 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento mediante la cual se absolvió al señor XXXX del delito de homicidio culposo.

“Obsérvese que no obstante que la recurrente aduce que se debe abordar el tema de la prueba indiciaria, no identifico, si quiera sumariamente, cuál era el hecho probado y cual la inferencia lógica.

Itérese, debido a lo exiguo de la prueba aducida, la Fiscalía no alcanzo a demostrar su teoría del caso ni pudo establecer que fue lo que realmente sucedió, generándose una serie de dudas que no permiten tener la convicción de que por parte del conductor del vehículo camión hubo una actuación imprudente, negligente o incompetente determinante en el resultado lesivo atentatorio del bien jurídico tutelado.

Debe insistirse aquí que las pruebas allegadas no fueron concluyentes a la hora de establecer una responsabilidad adjudicarle a quien fue llamado a juicio, pues de ellas no se concluyó con certeza el punto vertebral del que debe partir el estudio referido a la responsabilidad penal del señor XXXX y que no es otro que la violación al deber objetivo de cuidado.

Frente a lo dicho, pertinente resulta recordar que, según las previsiones del artículo 23 del Código Penal, se establecerá la conducta culposa en cabeza de un individuo cuando “... *el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo.*”

Sobre el punto, dígase que la Honorable Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 8 de noviembre de 2007 radicado 27388, planteó que si bien la infracción al deber objetivo de cuidado se satisface con la teoría de la imputación objetiva, (que se refiere a atribuirle jurídicamente un hecho a quien con su comportamiento creo un peligro que no se enmarca dentro del riesgo permitido), esta misma teoría integra a su vez varios criterios limitantes, entre los que se cuentan, por ejemplo, la “*conducta socialmente normal y generalmente no peligrosa*”, que implica que la persona actuó dentro de los preceptos legales permitidos en determinadas actividades: en este caso, la actividad de conducción, pues se sabe que esta se encuentra reglamentada específicamente.

Por todo lo anterior, a pesar de las alegaciones traídas por la fiscalía, se confirmara la sentencia absolutoria, además, porque muchos de los fundamentos entre el acusador no resultan acertados ni suficientes para derruir la presunción de acierto y legalidad en la que se encuentra soportado el fallo atacado.

Es lamentable para la justicia que en hechos donde se ve comprometida la vida de un niño no se logre establecer que fue lo que en realidad aconteció; por ello, era fundamental haber contado con prueba testimonial o pericial que nos permitiera recrear lo acontecido y así tener la convicción de la inocencia o responsabilidad del acusado, pero, ante la incertidumbre de lo que realmente ocurrió, no queda otra salida que avalar el pronunciamiento de primer nivel amparados en el principio del favor rei, al no haberse demostrado probatoriamente, por parte de la fiscalía, cual fue la causa del accidente y las circunstancias que rodearon los hechos.

Se enfatiza que, para proferir sentencia condenatoria, debe existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado más allá de toda duda, descartándose la sospecha, la

conjetura, el palpito y la corazonada como grado de conocimiento para tomar la máxima decisión; por ello, en favor de XXXXXX procede la aplicación del in dubio pro reo, al no haberse desvirtuado su presunción de inocencia con las pruebas aducidas y debatidas en el juicio oral.”

La Sala confirmó la Sentencia dictada por el Juzgado Veintidós Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali que absolvió al procesado.

Rad. 193 2007 21879 00 (28 07 2017) Acta 208. M.P. Dr. Roberto Felipe Muñoz Ortiz

HOMICIDIO CULPOSO. Accidente de tránsito. Prueba indiciaria.

Corresponde a la Sala revisar el recurso de apelación presentado por la Fiscalía de la Sentencia No. 079 del 14 de julio de 2016 proferida por el Juzgado 22 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento mediante la cual se absolvió al señor XXXX del delito de homicidio culposo.

Extracto:

“Obsérvese que no obstante que la recurrente aduce que se debe abordar el tema de la prueba indiciaria, no identifico, si quiera sumariamente, cuál era el hecho probado y cual la inferencia lógica.

Itérese, debido a lo exiguo de la prueba aducida, la Fiscalía no alcanzo a demostrar su teoría del caso ni pudo establecer que fue lo que realmente sucedió, generándose una serie de dudas que no permiten tener la convicción de que por parte del conductor del vehículo camión hubo una actuación imprudente, negligente o incompetente determinante en el resultado lesivo atentatorio del bien jurídico tutelado.

Debe insistirse aquí que las pruebas allegadas no fueron concluyentes a la hora de establecer una responsabilidad adjudicarle a quien fue llamado a juicio, pues de ellas no se concluyó con certeza el punto vertebral del que debe partir el estudio referido a la responsabilidad penal del señor XXXX y que no es otro que la violación al deber objetivo de cuidado.

Frente a lo dicho, pertinente resulta recordar que, según las previsiones del artículo 23 del Código Penal, se establecerá la conducta culposa en cabeza de un individuo cuando “... *el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo.*”

Sobre el punto, dígase que la Honorable Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 8 de noviembre de 2007 radicado 27388, planteó que si bien la infracción al deber objetivo de cuidado se satisface con la teoría de la imputación objetiva, (que se refiere a atribuirle jurídicamente un hecho a quien con su comportamiento creo un peligro que no se enmarca dentro del riesgo permitido), esta misma teoría integra a su vez varios criterios limitantes, entre los que se cuentan, por ejemplo, la “*conducta socialmente normal y generalmente no peligrosa*”, que implica que la persona actuó dentro de los preceptos legales permitidos en determinadas actividades: en este caso, la actividad de conducción, pues se sabe que esta se encuentra reglamentada específicamente.

Por todo lo anterior, a pesar de las alegaciones traídas por la fiscalía, se confirmara la sentencia absolutoria, además, porque muchos de los fundamentos entre el acusador no resultan acertados ni suficientes para derruir la presunción de acierto y legalidad en la que se encuentra soportado el fallo atacado.

Es lamentable para la justicia que en hechos donde se ve comprometida la vida de un niño no se logre establecer que fue lo que en realidad aconteció; por ello, era fundamental haber contado con prueba testimonial o pericial que nos permitiera recrear lo acontecido y así tener la convicción de la inocencia o responsabilidad del acusado, pero, ante la incertidumbre de lo que realmente ocurrió, no queda otra salida que avalar el

pronunciamiento de primer nivel amparados en el principio del favor rei, al no haberse demostrado probatoriamente, por parte de la fiscalía, cual fue la causa del accidente y las circunstancias que rodearon los hechos.

Se enfatiza que, para proferir sentencia condenatoria, debe existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado más allá de toda duda, descartándose la sospecha, la conjetura, el palpito y la corazonada como grado de conocimiento para tomar la máxima decisión; por ello, en favor de XXXXXX procede la aplicación del in dubio pro reo, al no haberse desvirtuado su presunción de inocencia con las pruebas aducidas y debatidas en el juicio oral.”

La Sala confirmó la Sentencia dictada por el Juzgado Veintidós Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali que absolvió al procesado.

Rad. 193 2007 21879 00 (28 07 2017) Acta 208. M.P. Dr. Roberto Felipe Muñoz Ortiz

IMPEDIMENTO. Manifestación de impedimento. Amistad íntima entre juez y los defensores de la causa.

Extracto:

“Argumenta el titular del Juzgado 15 Penal del Circuito que la amistad que tiene con los defensores de la causa, Drs. xxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxx, afectaría su imparcialidad toda vez que la misma ha trascendido del campo laboral y académico a lo personal, con el primero por haber sido su jefe varios años y el segundo su compañero de estudio lo que suscitó, con relación a ambos, que la amistad se fuera afianzando y esparciendo a otros escenarios.

Exposición que ara la Sala satisface el supuesto de hecho que encierra la causal invocada, y que se relaciona con la amistad entrañable de años atrás que se profesa entre el actual titular del despacho 15 Penal del Circuito y los litigantes en mención ellos, misma que persiste y se ha ido afianzando con el tiempo , no pudiéndose asemejar su trato al que se ofrece en una amistad convencional, de trato cordial y atenciones o encuentros sociales en los que se departe con amigos llanos y conocidos que se han ido conociendo por razón del colegaje y compañerismo; en esta oportunidad se trata de una relación de amistad que por el paso del tiempo ha trascendido más allá del ámbito personal e íntimo.

Véase cómo frente al doctor xxxxxxxxxxxxxxxxx , el funcionario estructura su declaración de impedimento en que su amistad con él que data de dieciocho años, la cual sigue vigente y sólida, rememorando la época en la que por más de cinco años fungió como Secretario del despacho que aquel dirigía, lo que explica por qué a partir de sus vivencias ahora lo considera su maestro en lo académico y profesional, manifestando que ha tenido la oportunidad de compartir con él de manera periódica y constante, espacios académicos , sociales y familiares , todo dentro del contexto que encierra el concepto de amistad íntima.

Igual acontece con el doctor xxxxxxxxxxxxxxxxx, con quien compartió hace varios años la experiencia de estudiar en el programa de Maestría de la Universidad Externado de Colombia , lo cual, se infiere también del escrito, le permitió conocerlo y enlazar una fuerte amistad que lo ha llevado a compartir con él y su familia escenarios personales de modo permanente.

Es así que la Sala tiene elementos que le permiten concluir que entre el Juez 15 y los abogados xxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxx, existe un vínculo de amistad de tal fuerza e intensidad, que perturbado el primero por los sentimientos de aprecio, no podría decidir conforme se lo impone la ley sin ningún tipo de inclinación para favorecer, por ejemplo, alguna pretensión en especial.

En estos casos, se distinguen tres grados de afecto que una y otra persona se puedan profesar, como son el trato cordial entre colegas, la amistad que trasciende a espacios más privados y, aquella que por el fuerte vínculo termina por invadir el fuero interno, en este evento de quien se declara impedido por tratarse de una relación que tiene con algunas de

las partes que indiscutiblemente, conllevaría a la comunidad a cuestionar la imparcialidad y objetividad con la que debe decidirse el proceso sometido a su consideración al verse involucrados sentimientos de afinidad, hermandad y familiaridad, que ligan a uno y a otro ser, impidiéndoles ver con nitidez y luminosidad los actos que se relacionan con sus conductas, entiéndase, toma de decisiones con determinada orientación, preferencias en el trato, favorecimiento frente alguna pretensión dentro de la causa, etc.

Así las cosas, la Sala de Decisión Penal declarará fundada la manifestación de impedimento del funcionario titular del despacho 15 Penal del Circuito de Cali, para que actúe como juez de la causa dentro de éste proceso, y por ende se le separa del conocimiento del mismo.

En consecuencia, la actuación deberá ser asumida y tramitada en sus etapas procesales por el Juez 16 Penal del Circuito de Cali, por ser el despacho que le sigue en turno.”

Rad.199 2014 02657 00 (16 06 2017) Acta 163. M.P. Dra. María Consuelo Córdoba Muñoz.

LAVADO DE ACTIVOS, EXTINCION DE DOMINIO

Corresponde a la Sala revisar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia ordinaria No. 01 de septiembre 6 de 2016 proferida por el juzgado tercero penal del circuito especializado de Cali.

Extracto: .

“ No se desconoce que el señor XXXXX ejercía el comercio, lo cual se encuentra probado, además de los testimonios en mención, por los documentos expedidos por la cámara y comercio de Santa Marta respecto de su inscripción, y posterior cancelación, del registro mercantil como persona natural (1997 a 2000); lo que se cuestiona es que, pese a ello, la defensa no haya controvertido o presentado mejor prueba que permitiera advertir que las millonarias sumas que circularon en su haber, tenían origen licito pues, se itera, dicha negociación tuvo lugar justo durante los meses de apogeo financiero en los que, documentable, estuvo relacionado con el señor XXXX.

Del mismo modo, no se discrimino ni acredito la clase de pedidos y su cuantía que justificaran al menos, la suntuosa transacción bancaria realizada mediante título valor a favor del señor XXXXX, pese a que la defensa en sus distintas intervenciones alego que su representado, como propietario del establecimiento “multiflores” que funciono en Barranquilla de 1997 a 2000, era cliente asiduo del almacén comercial “Black Jack” con asiento en Maicao (la guajira), y que con el único propósito de cumplir con una obligación y cancelar el saldo que debía por mercancía de pedidos pesados y otros que estaban a portas de ser despachados, giro tres cheques que sumaron más de cien millones de pesos a nombre del beneficiario que expresamente le indico el señor XXXX, administrador de dicha razón social.”

(...)

“Es decir, el procesado dispuso de su cuenta bancaria personal para el giro de dineros a favor del señor XXXX, consiguiendo con ellos lavar recursos fruto del narcotraficante, así como también mantuvo por cortos periodos dineros que lejos están del promedio de ingresos declarados bajo el amparo de su actividad comercial ejercida en la costa atlántica, que según voz de la defensa, data de más de treinta años.

Son estas las razones por las cuales la Sala de decisión penal confirmara el fallo ordinario apelado, en lo que fue objeto de revisión.”

Rad. 003 2012 00002 00 (4 072017) Acta 131. M.P.Dr. Carlos Antonio Barreto Pérez

LESIONES PERSONALES CULPOSAS. . Accidente de tránsito. Valoración probatoria. Prueba testimonial. Testimonio de agente de tránsito. Comportamiento del conductor, pasajero o peatón. Giros en cruce de intersección. Todos los usuarios de la vía están obligados a obedecer las señales de tránsito. Todo conductor de un vehículo deberá abstenerse de realizar o adelantar acciones que afecten la seguridad en la conducción del vehículo automotor, mientras éste se encuentre en movimiento.

Extractos:

La víctima fue suficientemente clara en testificar que tenía prelación vial y el vehículo con el que colisionó no hizo el Pare y ello originó el suceso de tránsito conocido.

Para la Sala, no cabe duda que esa señal de tránsito le era exigible al taxista , cerciorarse de manera real y efectiva que al hacer esa maniobra incrementadora del riesgo, -de cruce de la intersección- no colocaba en peligro a los que iban por la carrera 4B, como el caso del motociclista.

No cabe duda que los sujetos comprometidos en el hecho de tránsito conocido –procesado y víctima- estaban desarrollando una actividad considerada riesgosa, como lo es, la de conducir vehículos, sin embargo, el resultado de las lesiones ocasionadas sólo le es atribuible a xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, porque con su actuar incrementó ese riesgo desaprobado.

El art. 55 del Código Nacional de Tránsito es preciso en establecer cómo debe ser el comportamiento del conductor, pasajero o peatón, determinando que **“Toda persona que tome parte en el tránsito como conductor, pasajero o peatón , debe comportarse en forma que no obstaculice, perjudique o ponga en riesgo a las demás y debe conocer y cumplir las normas y señales de tránsito que le sean aplicables, así como obedecer las indicaciones que les den las autoridades de tránsito”**.

El cruce de la intersección, donde existe la señal del Pare, que hizo el procesado, no lo realizó con las mayores precauciones que se requería , porque precisamente se trataba de una maniobra que revestía anormalidad y peligrosidad, razón suficiente para exigirle extremar la Prudencia, deteniendo completamente su vehículo al llegar al cruce e iniciará la marcha, cuando le corresponda y mermándola en su máxima expresión, cerciorándose y vigilando de manera real que no transitara ningún vehículo por la vía que iba a ingresar.

El art. 66 inciso 1º del Código Nacional de Tránsito consagra que: **“El conductor que transite por una vía sin prelación deberá detener completamente su vehículo al llegar a un cruce y donde no haya semáforo tomará las precauciones debidas e iniciará la marcha cuando le corresponda”**.

De igual manera, el art. 109 ibídem, consagra que: **“Todos los usuarios de la vía están obligados a obedecer las señales de tránsito de acuerdo con lo previsto en el artículo 5º, de este código”**; normatividad que, como se expuso en precedencia, inobservó o inacató el procesado y que se constituye en la causa generadora del hecho de tránsito y la violación al deber objetivo de cuidado.

De igual manera , el art. 61 del Código Nacional de Tránsito estipula que: **“Todo conductor de un vehículo deberá abstenerse de realizar o adelantar acciones que afecten la seguridad en la conducción del vehículo automotor, mientras éste se encuentre en movimiento”**.

Para la Sala, entonces, se logra determinar con claridad meridiana que si se excluye el actuar del procesado, jamás se habría ocasionado el resultado lesión aquí conocido.

En este entendido y conforme a lo antes expuesto, la Sala confirmará el fallo apelado.

Rad.196 2010 02969 00 (02 08 2017) Acta 211. M.P. Dr. Juan Manuel Tello Sánchez.

OMISION DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR Allanamiento de cargos, Incidente de Reparación Integral.

Procede la sala a resolver el recurso de apelación mediante el cual se condenó a XXXX a pagarle a la DIAN 130.590.000.00

Extracto:

“Atendiendo los argumentos de inconformidad del apelante, establece la sala mayoritaria que el problema jurídico a resolver se centra en determinar si es procedente la pretensión indemnizatoria perseguida a través del incidente de reparación integral, en este caso la DIAN, está adelantando el cobro coactivo en relación con la misma situación de facto.

En desarrollo de tal planteamiento, necesario resulta adentrarse a la naturaleza del incidente de reparación integral, entendido este como el mecanismo procesal independiente y posterior al proceso penal propiamente dicho, en el que se busca, ya no la declaración de responsabilidad penal, sino la indemnización pecuniaria que se deriva de la responsabilidad civil producto del daño causado.

Para tal finalidad, el legislador fijó un trámite especial en los arts. 102 y s.s. de la ley 906 de 2004, modificado por la ley 1395 de 2010, en procura del restablecimiento del derecho a la víctima que demuestre el monto de los perjuicios que se hayan ocasionado con el hecho delictivo.

Lo anterior, por cuanto el delito como fuente de obligaciones según el artículo 94 y siguientes de la ley 599 de 2000, permite al juez de conocimiento conforme a lo aprobado en el proceso, propender por la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el hecho delictivo.

En respuesta entonces al planteamiento inicial, debe indicar la sala que, contrario a lo alegado por el apelante, si es procedente la condena en perjuicios en el trámite incidental de reparación integral cuando paralelamente la entidad, en este caso la DIAN, está adelantando el cobro coactivo en relación con la misma situación de facto, por las siguientes razones:

1. Si a juicio del defensor, no era procedente la acción de reparación integral, debió manifestarlo al momento de haberse formulado oralmente la pretensión por parte del representante de la DIAN –art. 103 inciso 1 del C.P.P.- y no esperar al proferimiento de la sentencia para oponerse. Ello, en atención al principio de preclusividad de los actos procesales, teniendo en cuenta que es en esa oportunidad donde el juez o jueza de conocimiento hace una especie de saneamiento procesal, examinando la viabilidad o no de la pretensión para la conciliación, que de resultar fallida se prosigue con la audiencia de pruebas y alegaciones.
2. Porque el art. 103 inciso 2 de C.P.P. faculta al juez o la jueza para rechazar la pretensión única y exclusivamente cuando quien la promueve no es víctima o cuando “está acreditado el pago efectivo de los perjuicios y está fuera de la única pretensión formulada”.

3. De donde se concluye que la jueza de primera instancia, para denegar las pretensiones del representante de la víctima debió establecer en primera medida si en la jurisdicción coactiva se había elevado pretensión idéntica, y si ello ocurrió, verificar si estaba acreditado el pago efectivo de los perjuicios.
4. En el caso concreto no existe pleito pendiente, pues se acreditó en la actuación, como se puede constatar en el adverso del folio 69, que dentro del proceso administrativo de cobro coactivo, no se vinculó como socio al señor XXXXX, tal y como lo certificó el funcionario del GIT de coactiva I de la división de gestión de cobranzas de la DIAN...”

(...)

“El simple hecho de que se adelanten dos acciones distintas buscando, en principio, el pago de un determinado perjuicio u obligación no significa per se una doble condena por un mismo concepto, pues, en la eventualidad de materializarse el resarcimiento de los mismo en una instancia –vgrs. En la incidental de reparación integral-, le asistiría la facultad al interesado de presentar la excepción de pago y correlativamente al deber de la administración de cesar toda persecución coactiva en ese sentido.

Precisamente, se consideró por la jueza que: “a través de la prueba ofrecida por la dirección de impuestos nacionales, se pudo establecer que si bien es cierto esa entidad efectivamente adelanta acciones ante la jurisdicción coactiva contra los miembros de la sociedad XXXX, ello no ocurrió frente a su representante legal, señor XXXXX, y en tratándose de una obligación solidaria, de parte de los miembros del obligado tributariamente, la entidad puede accionar contra todos, a través de los diferentes mecanismos que la ley les entrega, esto es, bien sea por medio de la jurisdicción coactiva o en ejercicio del incidente de reparación integral, como ocurre en el presente asunto”(folio 121).

Porque en el ordenamiento jurídico no se encuentra regulado que el incidente de reparación integral sea de naturaleza subsidiaria al de jurisdicción coactiva, por el contrario, se trata de una acción de naturaleza especial, independiente y posterior al proceso penal. Como tampoco, que la del cobro coactivo sea preferente.

En sentencia T-604 d 2005, se consideró que tanto la corte suprema de justicia, el consejo de estado y la corte constitucional, han identificado a la “jurisdicción coactiva” como el “privilegio exorbitante que tiene la administración a partir del cual se entiende que las acreencias públicas están amparadas por un privilegio general de cobranza”.

(...)

“Finalmente, no es de recibo el argumento del apelante, según el cual, la sala penal de esta corporación ha resuelto de manera pacífica y uniforme el conflicto jurídico aquí planteado, pues salas de decisión penal distintas a la que el fundamento con ponencia del magistrado, Dr. Orlando Echeverry Salazar, incluyendo el aquí ponente, han decidido el asunto de manera distinta.

En ese orden de ideas, y como quiera que el defensor nada refuto la demostración de los perjuicios reclamados por el representante de la víctima y su monto, lo procedente entonces es confirmar la decisión de primera instancia.”

La Sala confirmó la Sentencia mediante el cual el Juzgado condenó al implicado a pagar a favor de la DIAN por concepto de perjuicios materiales.

SALVAMENTO DE VOTO:

“Respetuosamente manifiesto que me aparto de la decisión mayoritaria porque considero que, en cuanto al cobro coactivo, tenemos que, aunque es un trámite administrativo, cuando

se acude a él, como opción preferente, desplaza la reclamación civil que al interior del proceso penal se pueda llegar a intentar.

Al admitirse el ejercicio de dos acciones simultaneas ante distintas jurisdicciones por los mismo hechos y pretensiones, no solo se vulnera el principio del non bis in ídem, sino que se genera un desgaste del aparato judicial y se deslegitima la seguridad jurídica, toda vez que se podrían producir dos condenas con idéntica finalidad.

El artículo 48 de la ley 600 de 2000 exigía, a quien pretendía constituirse en parte civil, que manifestara bajo la gravedad del juramento, que se entendía prestado con la presentación de la demanda, que no había promovido proceso ante la jurisdicción civil encaminado a obtener la reparación de los daños y perjuicios ocasionados con la conducta punible. En el artículo 56 del mismo código se preveía que cuando surgiera prueba de que el ofendido había promovido independientemente la acción civil, el funcionario se debía abstener de condenar a pago de perjuicios y que, en caso de haberlo hecho, seria ineficaz la condena impuesta.

Aquí está demostrado, según lo ha dicho el propio representante de la DIAN, que se adelanta un proceso administrativo de cobro coactivo, a partir del cual se persigue, igualmente, obtener la cancelación del lucro cesante y el daño emergente causados con la conducta desplegada por el señor XXXXX, tornándose incompatible que, simultáneamente, se promueva e incidente de reparación integral con el mismo objetivo.

Entonces, es claro que la DIAN, como víctima del ilícito, pretende un doble pago de la obligación, independiente de quien o a que empresa haya sido demandada coactivamente.

En consecuencia, debió revocarse la providencia recurrida, declarando improcedente el tramite incidental.”

Rad. 199 2014 00219 00 (18 04 2017) Acta 103. Dr. Juan Manuel Tello Sánchez.

Salvamento de Voto: Dr. Roberto Felipe Muñoz Ortiz.

PRESUNCION DE INOCENCIA. Principio de congruencia. Conducta punible: Aborto.

Corresponde a la Sala revisar la apelación de la sentencia proferida por el juzgado 16 penal del circuito con funciones de conocimiento de Cali, mediante la cual se condenó a XXXX como autora penalmente responsable del delito de aborto.

Extracto:

“Como podemos observar, las manifestaciones de la procesada (uso de misoprostol), aparte de constituir la única evidencia del delito, devinieron de su necesidad de asistencia médica, situación que no permite calificar su comportamiento como voluntario, pues se hallaba compelida a salvaguardar su vida, y por ende, no puede ser utilizada como elemento que viabilice el ejercicio de la acción penal en su contra; como ya se dijo, la señora XXXXX no estaba en posición de optar libremente entre exteriorizar su acción delictiva o no hacerlo, si en cuenta se tiene que, de la información que suministrara, dependía la atención medica que recibiría.

Se insiste, la colegiatura no puede pasar por alto que lo dicho en situación apremiante por la implicada es la única fuente de conocimiento de su actividad ilícita, ya que, al advertir su precario estado de salud, se vio obligada a revelar los pormenores que ahora sustentan el caso en su contra, como es la introducción e ingesta de misoprostol en las cantidades por ella misma referidos.

Así, entonces, dable resulta concluir que la información suministrada por la implicada al profesional de la salud que la atendió en urgencias, donde admitió haber tomado una droga abortiva, no puede ser utilizada en su contra ni tampoco entenderse que presto su consentimiento para que la misma se hiciera pública; de manera que si eliminamos los datos consignados en la historia clínica, y que sirvieron de soporte para que las galenas arribaran

a las conclusiones a que llegaron, solo quedaría que se produjo un parto prematuro extremo y que este fue el origen del fallecimiento del feto, desconociéndose la causa cierta por la que se produjo el lamentable episodio.

Lo anterior encuentra sustento en la sentencia T-114 del 24 de febrero de 2009, donde la alta corporación, al hacer un recuento de su línea jurisprudencial cito: “... en sentencia T-413 de 29 de septiembre de 1993, M.P. Carlos Gaviria Díaz, expreso que “solo con la autorización del paciente, puede revelarse a un tercero el contenido de su historia clínica”, y en caso de haberse levantado la reserva, ya sea por autorización del atendido o por autoridad competente, su uso debe limitarse al objeto y al sentido de la autorización dada por el paciente. De lo contrario, **los datos extraídos de la historia clínica de una paciente sin su autorización, no pueden ser utilizados válidamente como prueba en un proceso judicial**”.

Téngase en cuenta que en un estado social de derecho como el nuestro, con el fin de hacer efectivas las garantías del imputado, se prohíbe toda forma de coerción que restrinja su libertad o voluntad para decidir acerca de lo que le conviene; no en vano se ha establecido que, ante una manifestación de culpabilidad, el juez debe verificar que el implicado que el implicado actúa de manera libre, voluntaria, debidamente informado de las consecuencias de su decisión y asesorado por su defensor, previa advertencia del derecho que le asiste a guardar silencio y a no auto incriminarse, recayendo en cabeza de la fiscalía general de la nación la labor de la persecución penal que, en este asunto, fue realmente deficiente.”

(...)

“Recuérdese que la garantía contra la autoincriminación radica precisamente en que, quien supuestamente delinquirió, no está obligado a denunciarse, entonces, en criterio de esta instancia, no puede demandarse de la señora XXXX que sufra las consecuencias de una autoacusación impuesta por la necesidad insuperable de preservar su propia vida; es que, desde ningún punto de vista, puede entenderse que sus manifestaciones ante el médico tratante surgieron como una colaboración consciente y voluntaria con la administración de justicia para que se adelantara un proceso penal en su contra; sin que este por demás indicar que el ente acusador conto con todos los medios idóneos para haber adelantado una investigación seria y contundente, pero no lo hizo.

La línea investigativa en este asunto fue tan deficiente que, tal y como lo puso de presente el apelante, ni si quiera hubo congruencia en cuanto a la fecha de ocurrencia de los hechos, ya que, mientras la imputación verso sobre hechos ocurridos el 13 de marzo del años 2012, en la audiencia de acusación se habló del 14 de marzo de 2012, condenándosele por hechos acaecidos el 15 de ese mismo mes y año, entendiéndose que, como ese fue el día en que ingreso a la clínica y se llevó a cabo el legrado, en ella se configuro el delito, no obstante, de la prueba recaudada no hay claridad en cuanto al día en que realmente se produjo la expulsión del feto.

Frente a este tópico también hay que decir que al momento en que el señor defensor impugno la credibilidad de la testigo XXXX, ella explico que la versión verídica es la que dio en juicio oral, es decir que atendió a la paciente el día 15 de marzo de 2012 y no como lo manifestó en la ocasión anterior, es decir, al día siguiente 16 de marzo, ya que en esa oportunidad no tuvo la historia clínica a la mano y declaro con base en lo que le recordaron, sin embargo, al momento del interrogatorio, solo quedo claro que, cuando atendió a la paciente ya había expulsado el feto, sin que se sepa si fue ese mismo día u otro.

Del anterior análisis, con sujeción a las reglas de la sana critica, esta colegiatura estima que las pruebas practicadas no permiten desvirtuar la presunción de inocencia de la señora XXXX en el delito de aborto por el cual fue denunciada.

En consecuencia, ese conocimiento más allá de toda duda respecto de la responsabilidad de la acusada, exigido por el legislador para la emisión de una sentencia condenatoria, la cual no puede ser fundamentada en meros silogismos o sospechas, por ellos “*el proceso penal es un instrumento creado por el derecho para juzgar, no necesariamente para condena. También cumple su finalidad cuando absuelve al sindicado: es decir, a este le asiste en todo momento el in dubio pro reo, que lleva a que mientras exista una duda*

razonable sobre la autoría del delito y la responsabilidad del sindicado, este, acorazado con la presunción de inocencia, debe ser absuelto.”

Sin que se requieran mayores elucubraciones y en vista de que no se allegan otros elementos materiales probatorios ni evidencia física que permitan sacar avante la teoría del caso de la fiscalía sin violentar el principio aludido, acreditando la ocurrencia del suceso por camino distinto a lo que manifestó la implicada y que quedo consignado en su historia clínica, corresponde revocar la sentencia apelada, y en su lugar, absolver a la acusada de los cargos que, por el delito de aborto, le formulara la Fiscalía.”

La Sala revocó la Sentencia proferida por el Juzgado 16 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali y en su lugar absolvió a la procesada.

Rad. 193 2012 80284 00 (04 08 2017) Acta 221.M.P. Dr. Roberto Felipe Muñoz Ortiz.

PRESUNCION DE INOCENCIA. Apreciación del testimonio. Los testimonios de los miembros de la Sijin deben ser valorados conforme a los criterios de la apreciación de la prueba que impone el artículo 404 del C. P. P.

Conducta punible: Violencia contra servidor público y Porte de Estupefacientes.

Extracto:

“Para la colegiatura tampoco tiene sentido que si los tres miembros de la Sijin tenían conocimiento previo de la supuesta actividad de expendio de estupefacientes a la que se dedicaba el aquí implicado y que esté la realizaba en el parque del municipio de Dagua, no hubieran abierto la respectiva noticia criminal a efecto de que la Fiscalía autorizara la realización de actos de investigación tendientes a la individualización y captura del aquí implicado a sabiendas de que como miembros de la Sijin, salvo los casos de flagrancia –que no la hubo en el presente caso- , no podían realizar labores de verificación y menos aún diligencias de registro y allanamiento sin la orden previa del Fiscal; hecho éte que enerva aún más la incriminación que hicieron en contra del aquí encartado.

Así las cosas, a los testimonios de los miembros de la Sijin no puede dársele credibilidad *per se* – como lo hizo el a quo- , sino que debe ser valorado conforme a los criterios de la apreciación de la prueba que impone el art. 404 del C. de P.P. , según los cuales el Juez debe examinar **“las circunstancias de lugar, tiempo y modo”** del hecho sobre el cual declaró; valoración que, hecha así, en criterio de esta Sala, impide darle credibilidad al testimonio del aludido policía puesto que tal prueba, en vez de aportar la certeza que se requiere para condenar, genera duda que las demás pruebas practicadas en el juicio , no logran despejar.

Como corolario, para esta Sala es claro que la prueba practicada en el juicio oral no suministra conocimiento cierto acerca de la existencia de los hechos materia del Juicio y la responsabilidad del procesado para que sea legalmente procedente dictar una sentencia condenatoria (art. 381 del C. de P.P.), razón por la que esta Colegiatura tiene el deber de aplicar a favor del aquí acusado el principio universal indubio pro reo (art. 7 ib.).”

La Sala revocó la sentencia y en consecuencia absolvió al procesado del delito de Violencia contra Servidor Público y Porte de Estupefacientes.

Rad.172 2012 00816 00 (12 06 2017) Acta 139. M.P. Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda.

PRESUNCION DE INOCENCIA. Prevaricato por Omisión. Se necesita que el servidor público se dé cuenta de la conducta omisiva que está generando. No basta que se genere por un acto de negligencia o descuido o ignorancia.

Extracto:

“Pues bien, de tiempo atrás se sabe sin discusión alguna que el acto omisivo o el Prevaricato por Omisión, se configura cuando esos actos o esas conductas o mejor, esos verbos rectores, cualquiera de ellos ha sido realizado con la voluntad y con conocimiento, sin lugar a dudas y además de ese conocimiento, pues estamos frente a un tipo penal, doloso, no culposo ni preterintencional.

Se necesita entonces, que el servidor público sepa lo que está haciendo, es decir, se dé cuenta de la conducta omisiva que está generando, es decir, tenga el conocimiento, sin lugar a dudas y además de ese conocimiento previo y total, de la omisión, quiera positivamente llevar a cabo la conducta.

No basta entonces, que aquella se genere por un acto de negligencia o descuido o ignorancia, sino que se necesita que el sujeto activo conocía de antemano la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad de su conducta.

Lo anterior quiere decir que la objetividad de la conducta o el tipo objetivo, o la demostración objetiva de la aparente adecuación de la conducta con alguno de los verbos rectores, alternativos , que están contemplados en ella, no tiene el carácter de suficiente, bastante y por consiguiente pueda afirmarse que se puede pregonar o aplicar la consecuencia llamada punibilidad.

En este juicio, la adecuación de la conducta hay que ser muy ponderado y sereno, pues un juicio apresurado o muy subjetivo por parte del juzgador puede dar lugar a que se cometan injusticias. Tal parecería ser el caso que nos ocupa.

Al recorrer el desarrollo de la conducta de la Dra. Xxxxxxxx, comparándolo con el acervo probatorio obrante nos vamos a encontrar que fueron dos las situaciones presuntamente constitutivas de omisión o que se le endilgan a la funcionaria: El haber dejado pasar de manera ostensible el término para decidir sobre la suerte de la investigación , luego de la decisión del Tribunal y el haber dejado de informar a su superior sobre el vencimiento de ese término con el objetivo de que fuera remplazada, explicando obviamente si así se le preguntase, que habría sido lo más probable, las razones para la demora en la primera circunstancia.

Nadie puede negar entonces y menos se hará aquí que desde el punto de vista objetivo, la conducta se desplegó y corresponde al tipo penal endilgado.

Pero si recorremos como es nuestra obligación el haz probatorio en otra su integridad, alcanzamos a vislumbrar la aparición de un elemento que no podría tildarse de inesperado si se hubiese tenido en cuenta todos los elementos al momento de hacer comparecer en juicio a la persona inculpada.

Durante la etapa de la audiencia de juicio oral, concretamente cuando se recibieron los diferentes testimonios ya citados, es fácil observar que todos tienen un denominador común: el señalamiento de las difíciles circunstancias por las que atravesaban los fiscales al comienzo de la aplicación de este sistema y concretamente la difícilísima situación que enfrentaba la Dra. Xxxxxxxx en el manejo de su Despacho en particular.

No solamente así lo declara la fiscal que le recibió el Despacho, Dra. Timaná, sino hasta el propio Director de Fiscalías de la época que hoy en día continúa siéndolo, el Dr. Guerrero.

Ambos testigos, de primera mano y con conocimiento de causa declaran sin dubitación alguna, sin ambages, sin reticencias sobre el excelente comportamiento, cumplimiento, honradez, puntualidad y laboriosidad de la Dra. Xxxxxxxxxxxxxxxxxx en relación con el cumplimiento de su trabajo.

Destacan ambos, principalmente el Dr. Guerrero cómo esa oficina judicial determinada, era una de las más congestionadas entre los diferentes Despachos judiciales pues se ocupaba no solo de conductas atentatorias contra la vida de las personas sino también de los delitos o atentados a la libertad, la integridad y la formación sexual.

Ambos testigos, pero principalmente el primero, refuerzan y coadyuvan las consideraciones expuestas por la procesada en su propia audiencia de juicio oral cuando manifestó a viva voz todas las dificultades que tuvo que enfrentar para poder darle un manejo más o menos adecuado a ese súper congestionado Despacho bajo su mando.

Las cifras de carpetas que se manejaban en esa oficina que francamente desproporcionadas, llegándose a mencionar 180 casos preliminares, 19 casos en juicio y unas 800 carpetas en tránsito de perfeccionarse mientras todo lo demás recibía el duro castigo del tiempo en la misma oficina ubicada en uno de los peores sitios de la ciudad precisamente donde más delitos de esta clase se cometen.

No es en vano que por eso los testigos y la misma procesada hablen de vencimiento de términos, de dificultades existentes, del excesivo trabajo que tenía que manejar el referido Despacho.

Como ejemplo de esto y de la facilidad con que cualquiera de los fiscales hubiese podido mostrarse confundido en relación con el manejo del Despacho, es la misma comunicación dirigida por la propia procesada a la titular del Despacho Penal del Circuito en el que solicita información a esa fiscalía en relación con el preacuerdo presuntamente celebrado con el imputado Erminzo Avilés el cual fuera objetado por la titular de ese juzgado de Circuito y, en una insólita situación, su destino final, su suerte, la decisión finalmente tomada era desconocida por la tan congestionada y recargada de trabajo , oficina de la fiscalía manejada por la Dra. XXXXXXXXXXXXX.

No puede olvidarse también que el paso del tiempo influyó en que se perdiera de la perspectiva la existencia de este caso, pues hubo situaciones en que las audiencias debieron suspenderse por diferentes razones atinentes al aplazamiento del acto judicial para el cual se estaba convocando con el objeto de resolver, como ya se dijo, el recurso de apelación interpuesto, los cuales implicaron de manera justificada ausencias del Magistrado Ponente, de la Fiscalía, del Ministerio Público y de la propia defensa para un total de 5, lo cual habiendo sido éstas fallidas, era posible que confundieran a la titular de la fiscalía en el sentido, de que esa carpeta había tomado un rumbo diferente o ya había sido devuelta al juzgado del Circuito para que se continuara con su trámite, sin que se le hubiese dado noticia de lo sucedido, lo cual perfectamente podría haberse pasado.

Ante todo ese cúmulo de circunstancias es por eso que, tanto la Dra. Timaná como el Dr. Guerrero y la propia procesada fincan sus argumentaciones en la ausencia total de mala fe, de capricho, de omisión querida y buscada para considerar que antes que nada, la situación obedece a una desafortunada falla en el seguimiento de la carpeta, el que implicaría no solamente a la fiscal mencionada sino también a su asistente y hasta el propio despacho del Juzgado pues se pensaba que éste no había dado aviso oportuno de la decisión tomada por el Tribunal.

Es que, no puede pensarse de buenas a primeras que quien se distingue por ser una excelente trabajador, cumplidor de su deber, probo, de rendimiento más que excelente para poder manejar un despacho tan congestionado, de la noche a la mañana y sin razón aparente, es decir por una razón desconocida, tomen el camino del Prevaricato respecto a una de las situaciones que frente a sus ojos se presentan para decidir.

La situación anterior solo puede ser explicada entonces como fruto de la improvisación, del desmedro, de la des organización, inclusive de la misma ignorancia que durante mucho tiempo padecieron los servidores judiciales frente a un sistema de características diferentes al que por años venían enseñados a manejar.

A más de uno, a lo largo y ancho del País, le costó mucho trabajo el entendimiento de unas normas escasas en jurisprudencia porque apenas los Tribunales y las Cortes estaban contemplando las primeras situaciones atinentes al manejo del procedimiento oral y por

tanto, los errores, los olvidos, las confusiones que se cometieron a todo lo ancho y largo del País fueron infinitas, algunas con la ventaja de no haber trascendido nunca a mayores, mientras que otras como las que nos ocupa alcanzó a llegar hasta estos estrados judiciales en busca de que su examen se hiciera no solo a la luz del Derecho, sino también de la lógica, del sentido común, buscando desenredar o desentrañar la existencia o no de una verdadera ilicitud, caso que en el evento que nos ocupa, la Sala no encontró por ninguna parte, precisamente porque entendió de manera ponderada y justa que una sanción penal acarrearía tremenda injusticia con un servidor público de varios años de trayectoria, intachable y del que hasta sus propios jefes y sucesores en el cargo, no tienen si no buenas referencias que suministrar acerca de su cumplimiento y de su excelente y desmedido desempeño en muchas ocasiones por encima de sus propias capacidades en el desarrollo de las labores a esa funcionaria mencionada.

Por eso la Sala después de terminar los alegatos finales el día de la audiencia de juicio oral, al dar su sentido del fallo explicó claramente que éste era de carácter absolutorio, es decir, de declaración de inocencia, precisamente porque la conducta desplegada presuntamente no se encontraba uno de los elementos básicos que la componen y que la ausencia del mismo, la ausencia del dolo era determinante para afirmar que si no hubo conocimiento y voluntad en el sujeto activo, no era posible declarar la responsabilidad de esta persona en el supuesto delito a ella atribuido y es por ello que la Sala decide entonces, se iter, declarar la inocencia de la servidora pública, pregonando su absolución en virtud de las consideraciones atrás expuestas.”

Rad. 11001 60 00 717 2010 00086 Acta No. 210 (01-08-2017) M.P. Dr. Juan Manuel Tello Sánchez.

PRUEBA PERICIAL. Descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física. Comparecencia de los peritos a la audiencia.

Homicidio culposo.

Extracto:

“De los argumentos de inconformidad esgrimidos por la recurrente, advierte la Sala que el problema jurídico planteado se centra en determinar si la defensa cumplió con el deber de descubrimiento o revelación de la base de opinión pericial rendida por Richard Eduardo Galvez y Abdiel Cicar Velásquez Moreno, o si por el contrario, inobservó esa carga procesal, haciéndose merecedora de la sanción prevista en el art. 346 del C. de P.P.

La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal ha precisado que, en el actual modelo procesal penal, **“la prueba pericial se compone de dos actos: de una parte, el informe, generalmente escrito, que contiene la base de la opinión científica, técnica, artística o especializada, el cual debe entregarse con antelación a la contraparte para garantizar el principio de igualdad de armas y el contradictorio, y de otra, la declaración personal del experto en el juicio oral, exigencia que apunta a preservar los principios de contradicción e inmediación sustanciales al nuevo sistema de enjuiciamiento...”** (rad. 31.475 del 17-06-09).

Ese informe escrito no constituye entonces un medio de prueba autónomo, sino que va aparejado de la declaración rendida por el experto o especialista en la audiencia de juicio oral, de suerte que, para su decreto y práctica probatoria exige de la parte que la va a aducir, la carga procesal de su previo descubrimiento.

Precisamente, del contenido del art. 344 inciso 2º del C. de P.P., se deduce claramente el deber de la defensa de entregar a la contra parte, copia de ese elemento de convicción en la eventualidad de contar con él para ese momento procesal—lo que inclusive se desconoció en el presente caso—, a tal punto que, su omisión acarrea necesariamente la sanción legal de su rechazo.

En el caso bajo estudio, la defensora no indicó si para el primer estadio del descubrimiento contaba con esa base de opinión pericial, tampoco manifestó y acreditó que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a ella como excepción al rechazo.

El argumento esbozado por la recurrente sobre la potestad que tiene la parte de descubrir la base de opinión pericial hasta el término de 5 días anteriores a la celebración de la audiencia en donde se recibirá la peritación, parte de un supuesto distinto al que consagró el Legislador en el art. 415 del C.de P.P., pues precisamente desconoce que la regla ahí prevista contiene la locución adverbial “*sin perjuicio de*” lo establecido en el ordenamiento procesal penal sobre el descubrimiento de la prueba. Así lo advirtió la Corte Constitucional en Sentencia C- 144 de 2010.

Si la intención de la defensa era **presentar informes de peritos de su confianza y solicitar que comparecieran a absolver interrogatorio en el juicio oral** al tenor de lo autorizado por el artículo 413 de la Ley 906 de 2004, debió descubrir la evidencia desde la audiencia preparatoria, porque precisamente para ese momento procesal contaba con él, pues el término de 5 días previsto en el art. 415 del C.PP., hace relación a los casos en que para aquella etapa procesal aún no se encuentre su poder.

No de manera distinta podría entenderse ese supuesto normativo, dado que el descubrimiento probatorio está precedido de los principios de lealtad, buena fe e igualdad de armas.”

(...)

“Así entonces, los peritos **Richard Eduardo Galvez Albarracín**, en calidad de fotógrafo adscrito a la Defensoría Pública y **Abdiel Cicar Velásquez Moreno**, Topógrafo de esa misma Entidad, pueden comparecer al juicio oral , en calidad de tal, no para referirse al informe pericial que previamente hubieran suscrito , sino para que, en esa oportunidad puedan rendir uno –distinto- sometido obviamente a los principios que orientan la sistemática procesal actual de contradicción, concentración e intermediación o solo para ser interrogado y contra interrogado sobre un conocimiento científico, técnico, artístico, etc., - art. 416 del C.de P.P.”

La Sala revocó el auto que negó a la defensa una prueba pericial.

Rad.193 2014 81171 (11 08 2017) Acta 226. M.P. Dr. Juan Manuel Tello Sánchez.

PRUEBA PERICIAL. Prueba documental. Solicitudes probatorias. Acto sexual abusivo con incapaz de resistir.

Extracto:

“En ese orden de ideas, los informes, concretamente los periciales no pueden ser tratados como prueba documental como erradamente lo asumieron las partes y el Juez de Conocimiento, sino que hacen parte de una prueba compleja como lo es la pericial.

En el caso concreto, el A quo , no decretó las pruebas documentales (sic) solicitadas por la fiscalía (fl. 194 adverso), al considerar que aunque las enunció, “**no indicó bajo ningún aspecto la pertinencia de las pruebas documentales, tal y como lo refirió el señor defensor...**”.

Obsérvese que la Fiscalía solicitó se decretara el **Informe FPJ-11 del 20 de octubre de 2015**, que introduciría con el Investigador líder del CTI, **Robert Quiñonez**, e indicó que se trataba del “**acta inspección a lugares fechado el 8 de octubre de 2015, con el registro fílmico y fotográfico del recorrido que realizó la paciente con los camilleros y paramédicos en la Clínica Nueva. Con él se introduciría también un DVD con tiempo de grabación de 11 minutos y el Informe de Investigador de campo FPJ-11 de 10 de septiembre de 2015, con el registro fotográfico, lo que nos permitiría , su señoría, tener un conocimiento gráfico del recorrido que hizo la paciente dentro de ese establecimiento**” (min. 40:15).

Lo ahí expuesto por el Ente investigador acredita la pertinencia de la prueba, pues indicó de qué manera guardaba relación con los hechos, objeto y fines de la investigación adelantada en contra de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, y de allí mismo se extrae su utilidad, dado el aporte que el testigo daría para el caso concreto.

En igual sentido, cuando solicitó se decretara el **Informe FPJ-11 del 23 de diciembre de 2015**, el que se introduciría con el testigo **Cristian Camilo Troches**, expuso que se trataba del registro filmico, *“que establécela secuencia cronológica del recorrido con la víctima, con un informe de imágenes digitalizadas de video, identificado con monitor No. 1, DVD R2, cameral 01-20156625114648, con 120 imágenes, el que se encuentra con su cadena de custodia correspondiente”* (min. 41:34).

A su vez, la fiscalía puso de presente que con ese mismo testigo, se introduciría , el **Informe fechado el 24 y 12 de febrero 2016**, *“sobre la inspección a la zona o Departamento de Radiología y Escanografía de la Clínica Nueva. Especifico señor Juez, era el recorrido que se realizó al interior de la Clínica Nueva, y este informe último, sobre la razón de radiología y escanografía de la Clínica Nueva , con un DVD rotulado con No. 778 de 2016, tiempo de grabación 10 min., con 47 segundos y con la correspondiente cadena de custodia”* (min.42:12).

Lo mismo, respecto del examen de la valoración sexológica con No. Int. 07344C2015 del 27 de julio de 2015 (min. 32,32), la denuncia formulada el 26 de junio de 2015, (min.33.34), la valoración psicológica forense con registro interno No. 06519-C del 2016, del 10 de mayo de 2016 (min.34:46), y el acta de reconocimiento fotográfico del 29 de junio de 2015 (min. 36:10), los que se introducirían con sus respectivos testigos de acreditación.

La fiscalía, precisó en las solicitudes probatorias, la pertinencia, conducencia y utilidad de esos testigos de acreditación, *“con el fin de entregarle al juez, con la garantía de la previa contradicción y confrontación probatoria entre las partes, los elementos de reflexión indispensables para que decida acerca de la validez , eficacia y aptitud de los medios de prueba que habrán de practicarse en el juicio oral y evaluarse en la sentencia, carga que de no cumplir lleva irremediamente a que se nieguen las que han sido solicitadas”*.

(AP3299-2014, rad. 43.554 del 18-06-14).

Era suficiente argumentar esos presupuestos de pertinencia y utilidad respecto de los testigos que suscribieron esos informes para dar por cumplida la exigencia legal del art. 357 del C. de P.P., pues , se itera, tales informes, al estar debidamente descubiertos, puede utilizarlos única y exclusivamente con los fines de refrescar memoria e impugnar credibilidad.

Siendo ello así, la fiscalía cumplió con ese deber jurídico y esa carga argumentativa, debiendo entonces revocar la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que la fiscalía puede utilizar todos esos informes y documentos que se indican en precedencia.”

La Sala revocó la decisión adoptada en el Auto por medio del cual el Juzgado no decretó las pruebas documentales solicitadas por la Fiscalía.

Rad.199 2915 22482 00 (29 06 2017) Acta 177.M.P. Dr. Juan Manuel Tello Sánchez.

PRUEBA TESTIMONIAL. Reglas sobre el interrogatorio. Testimonio de policía judicial. Interrogatorio a perito. . Principio de concentración. Prueba de referencia.

Conducta punible: Homicidio agravado. Homicidio agravado en grado de tentativa. Porte de Armas. Coautoría.

Extractos:

“Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica, doctor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, coadyuvado por los procesados, contra la Sentencia ordinaria No.

103 proferida el 21 de agosto de 2015 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de ésta ciudad, a través de la cual se CONDENÓ a los señores xxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxx, como coautores responsables de los delitos de HOMICIDIO AGRAVADO, en concurso homogéneo con HOMICIDIO AGRAVADO EN GRADO TENTADO y en concurso heterogéneo con FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, PARTES, ACCESORIOS O MUNICIONES.”

Extracto:

“En el caso objeto de estudio, conforme al análisis integral de todos los testimonios y la forma como se desarrollaron los hechos, se puede colegir que todo el acontecer delictual fue previamente planificado y conocido por la familia xxxxxxxxxxxxxxxx y el señor xxxxxxxxxxxxxxxx, pues los dos hermanos xxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxx, estaban al acecho, esperando que las víctimas salieran en el vehículo, el cual durante la tarde estuvo cuadrado frente a la residencia de los hoy acusados, donde acostumbraba dejarlo xxxxxxxxxxxx cuando visitaba a su suegra, razón por la cual luego de salir en el carro y haber avanzado tan solo 3 metros, los consanguíneos xxxxxxxxxxxxxxxx le hacen un disparo al parabrisas, momento en que la madre de estos sale apresurada del segundo piso y pasa a su yerno xxxxxxxxxxxxxxxx el arma de fuego, quien desde su casa hace un disparo al carro por la parte posterior, apoyando a sus cuñados que le disparaban en repetidas ocasiones a xxxxxxxxxxxxxxxx por el frente del carro y por el lado derecho y en la parte posterior o trasera del volante, procediendo xxxxxxxxxxxx a abrir la puerta de su lado derecho en el afán de huir y evitar ser acribillado por los hermanos xxxxxxxxxxxx, por lo que empieza a correr hacia adelante, no hacia atrás porque alcanzó a observar cuando xxxxxxxxxxxx dispara hasta donde se encuentra el carro luego de recibir el arma de parte posterior del vehículo tenía por objeto evitar la huida por ese lado de las víctimas.

También resulta procedente aplicar en contra de los dos enjuiciados el indicio de presencia en el lugar de los hechos; de salir apenas escuchan el primer disparo como si este fuera la señal, el indicio de huida al trastearse de su casa, la que llevaban habitando hacía muchos años y dejaron abandonada al otro día para ir a vivir en otro barrio, y finalmente el indicio de mentira por el hecho de las mutuas y múltiples inconsistencias entre los testimonios de los acusados y los testigos de descargo, pues no tiene sentido que xxxxxxxxxxxx hija de la acusada y esposa del otro copartecipe, haya percibido desde el andén de su casa, ubicada a escasos 3 o 4 metros, todo lo ocurrido, el primer disparo, las ráfagas subsiguientes, observando cuando el conductor sale y es acribillado, e incluso quedándose hasta cuando el pasajero xxxxxxxxxxxx abre la puerta del carro por el lado derecho y emprende la huida hacia adelante, comportamiento que va en contravía del sentido común, que indica que ante un riesgo tan inminente en medio de una balacera se busque inmediatamente refugio, más cuando presuntamente estaba con su hija, actuando con absoluta temeridad, arriesgando su vida, junto a la otra testigo xxxxxxxxxxxxxxxx, sin ninguna razón válida, pues ante semejante balacera era de esperarse que se refugiaran en su residencia ubicada a escasos pasos del andén donde estaban paradas.

Las aseveraciones de xxxxxxxxxxxxy xxxxxxxxxxxxxxxx en gran parte coinciden con lo referido por xxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxx, salvo en aquello que involucra a los acusados ya los hermanos xxxxxxxxxxxxxxxx.

Sostuvo el abogado defensor que xxxxxxxxxxxxxxxx mencionó en el juicio oral quienes mataron a xxxxxxxxxxxx, pero curiosamente estas personas no fueron acusadas, lo cual contraría la ley, afectando el principio de congruencia, pues en el escrito de acusación se menciona a los procesados, y en sus entrevistas los testigos presenciales xxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxx citan a otras personas, aseveración que en modo alguno afecta el debido proceso, pues la fiscalía en el escrito de acusación, en la audiencia de formulación de la acusación, en sus alegatos de apertura y de conclusión, hizo referencia a que los hoy acusados fueron coautores, sin que ello afecte la legalidad del proceso ni la responsabilidad penal de los procesados en este trámite judicial.

Afirma que la juez a-quo se fundamentó en los testigos de cargo, sin tener en cuenta a los de descargo, quienes fueron claros en sus declaraciones, afirmando donde se encontraban sus apadrinados al momento de los hechos, ofreciendo información sobre su buena

conducta, trabajadores, no conflictivos, sin que la juez explicara la razón por la cual no les creyó, argumento que tampoco está llamado a prosperar, pues a lo largo de este pronunciamiento se ha detallado la seriedad y riqueza descriptiva de los dos testigos de cargo que presenciaron el acontecer delictual, cuyos dichos aparecen avalados por prueba científica y de investigación, así como evidencia documental, incluso en gran parte en lo sustancial los testimonios de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx aparecen corroborados por los mismos testigos de descargo, quienes por razones obvias ocultan la identidad de los otros agresores que estos testigos señalaron categóricamente en la audiencia de juicio oral e identificaron como xxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, quienes recibieron un apoyo de parte de los aquí coacusados, todo bajo el conocimiento previo del plan ideado, tal como ya se explicitó para no ser repetitivos.

De igual forma en acápites anteriores con detalle la Corporación explicitó las inconsistencias en que incurrieron los testigos de descargo, pues entre otras ya señaladas, xxxxxxxxxxxx compañera de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx e hija de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, señaló que el conductor del rodante inició los disparos sacando la mano derecha hacia arriba, lo que no tiene lógica por cuanto el conductor estaba ubicado al lado izquierdo dentro del carro, siendo imposible sacar la mano derecha sin perder el control del rodante, todo lo cual resta valor suasorio a sus dichos, por ilógicas, ajenas al sentido común y por ir en contravía de la prueba técnica presentada en juicio.

Finalmente sostuvo que la primera instancia no se refirió a lo planteado en sus alegatos de conclusión y que el juicio oral se demoró mucho perdiéndose la memoria del mismo, lo cual en su criterio genera una nulidad por afectación al principio de concentración, debiendo repetirse conforme al art. 454 del CPP y la sentencia No. 32556 de 2010. Argumento que tampoco puede tener prosperidad, pues la primera instancia aunque someramente tuvo en cuenta los argumentos expuestos en los alegatos de conclusión. Tampoco constituye irregularidad subsanable solo con la nulidad, el hecho de haberse tramitado el juicio por fuera de los términos legales, pues los aplazamientos se originaron por ausencia de ambas partes o la inasistencia de los testigos, quedando salvaguardado todo el debate probatorio en los registros y documentos incorporados, lo que permite actualizar el conocimiento y fallar objetivamente, siendo esa la razón de ser del principio de concentración.

Por su parte, la procesada escuetamente apela coadyuvando a la defensa técnica, agregando que ella es inocente, que no pudo ser vista por xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx por cuanto se encontraba en el segundo piso y que la pared vecina no le permitía a éste testigo observarla, sin embargo dada la luminosidad del sector y de esa casa, así como la ubicación de este testigo que al abrir la puerta derecha del carro necesariamente giraba su cuerpo hacia debajo de ese lado, captando directamente lo que ocurría en la casa de la familia xxxxxxxxxxxx, cuyo dicho aparece corroborado por xxxxxxxxxxxx quien tuvo una posición privilegiada en todo el frente de la casa de la acusada, obviamente con una mejor perspectiva con la que contaba xxxxxxxxxxxx, por lo que no resulta valedero su argumento, menos cuando toda la prueba apunta a corroborar lo expuesto por los dos testigos presenciales, aunado a que toda la familia desocupó su vivienda al otro día de los hechos investigados, incluida la acusada sin que exista justificación lógica y creíble para dicho comportamiento.

Finalmente xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx en su escrito de apelación reitera lo afirmado por la defensa, de haber sido condenados con prueba de referencia, que los testigos de cargo presentaron versiones contradictorias, sin explicitar las inconsistencias, carga que le era exigible y releva a la colegiatura de hacer comentario alguno, menos cuando en el desarrollo de este proveído claramente se responde que en el juicio oral testificaron dos personas que percibieron personalmente el acontecer delictivo, cuyas versiones antes que ser opuestas, coinciden plenamente.

Respecto a las otras observaciones realizadas por el procesado nos remitimos a los argumentos ya expuestos frente al hecho de haber sido condenados por porte ilegal de armas, al no ser capturados en flagrancia y sin incautar armas de fuego, ya que no es una exigencia taxativa para emitir fallo condenatorio el hecho de ser capturados en flagrancia, pues la prueba que milita en el proceso permite arribar al conocimiento más allá de toda duda razonable que el acusado tuvo una participación activa en el acontecer delictual y que

su testimonio no fue corroborado en juicio, pues no hay certeza sobre el presunto atentado que tuvo al otro día del homicidio de xxxxxxxxxxxxxxxx con el que pretendía justificar el indicio de huida.

Tampoco es creíble que es 30 de diciembre de 2011, haya confundido la balacera con totes o pólvora por ser época decembrina, queriendo explicar el hecho que estaba tranquilo en la sala viendo televisión a sabiendas que su esposa e hija estaban afuera, sin salir si quiera para hacerlas entrar y salvaguardarlas del peligro inminente al que presuntamente se habrían enfrentado, si los que disparaban eran ajenos a la familia.

Tampoco es acertado afirmar que xxxxxxxxxxxxxxxx esté mintiendo por presunta venganza contra la familia al haber sido condenado su padre xxxxxxxxxxxxxxxx como autor de la muerte de xxxxxxxxxxxxxxxx hijo de xxxxxxxxxxxxxxxx, pues esos hechos datan de mucho tiempo atrás, y además resulta poco probable que la víctima sobreviviente, optara por atribuirle el ataque a personas inocentes a sabiendas que los verdaderos culpables alcanzasen la impunidad , menos aun cuando uno de los implicados xxxxxxxxxxxxxxxx es un familiar con el que tiene lazos de sangre, quedando claro que xxxxxxxxxxxxxxxx fue amenazado y se vio en la imperiosa necesidad de salir del país, hecho que el mismo sostuvo en la audiencia de juicio, y que permite inferir la verdad de su relato, respecto del cual recibió serias amenazas al punto de salir del país.

La Corporación tiene el deber de no pronunciarse sobre la solicitud subsidiaria presentada por la defensa de re-dosificación de la pena, por cuanto fue planteada de manera lacónica sin ningún argumento ni análisis lógico jurídico del proceso de dosificación realizado por el a-quo , siendo carga del impugnante explicitar las razones de inconformidad con la decisión objeto de revisión que deban ser modificadas, indicando punto por punto los errores o vicios advertidos de hecho o de derecho en que incurrió el órgano jurisdiccional de primer grado, señalando el consecuente agravio causado a su defendido, máxime que las decisiones judiciales están amparadas por una presunción de acierto y legalidad, sin que la segunda instancia pueda suplir en esta labor de motivación exigible a los alzadistas, y que en todo caso la Sala encuentra que, en el proceso de dosificación punitiva, se partió de una sanción de 33 años 4 meses de prisión, es decir, individualizada dentro del ámbito de movilidad del llamado cuarto mínimo, a lo que se le incrementó en razón del concurso 5 años por el homicidio agravado tentado, y en 3 años por el porte ilegal de armas , por lo tanto ,ni siquiera es posible predicar vulneración alguna al principio de legalidad de la pena.

En consecuencia, como ninguno de los argumentos de los apelantes está llamado a prosperar, y encontrando ajustadas a derecho las valoraciones probatorias y conclusiones proferidas por la primera instancia, la Sala confirmará la sentencia ordinaria dictada por la titular del Juzgado Tercero Penal del Circuito con funciones de conocimiento.”

Rad. 193 2011 30523 00 (28 06 2017) acta 173. M.P. Dra. María Consuelo Córdoba Muñoz

BENEFICIO ADMINISTRATIVO. Permiso de hasta 72 horas. Prohibición de beneficios y mecanismos sustitutivos para quienes sean juzgados, entre otros, por delitos ofensivos de la Libertad, integridad y formación sexual siendo la víctima un menor de edad.

Conducta punible: Acceso carnal violento e Incesto

PADRE CABEZA DE FAMILIA. Prisión domiciliaria.

Le corresponde a la Sala revisar el auto interlocutorio proferido por el Juzgado 2º de Ejecución de Penas de esta ciudad que negó la Prisión Domiciliaria como padre cabeza de familia.

Extracto

“El apelante califica la decisión de la juez como “sesgada” y, sin embargo, no expone ningún argumento jurídico que fundamente tal aseveración; su alegación se circunscribe a afirmar escuetamente que “el derecho de los menores prima sobre el de los mayores”, lo cual no constituye argumento suficiente para demostrar el yerro de la decisión.

Prueba de que el aquí sentenciado no reúne la condición de padre cabeza de familia lo constituye el hecho de que en la declaración rendida por su compañera permanente, XXXXX, esta afirma que la hija del aquí condenado XXXXX, al igual que sus dos hijastros, se hallan bajo su cuidado; luego, es evidente que los menores no se verían afectados ante la ausencia temporal que implicaría el cumplimiento intramural de la pena de prisión impuesta por los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego.

El aquí condenado carece de fundamento para pedir el sustituto penal porque, además: 1. –se fugó de la cárcel de Palmira desde el 26 de mayo de 2009 aprovechando el permiso de hasta 72 horas que se le había concedido; 2. – tiene orden de captura para la ejecución de la pena por el delito de fuga de presos, lo que significa que continuo delinquiendo, contrario a lo que sostuvo la defensa en la solicitud; 3.- prueba de que la pena no cumplió con el fin resocializador en el aquí sentenciado lo que constituye el hecho de que deliberadamente incumplió con la obligación del permiso administrativo de retornar al centro carcelario una vez terminara el mismo y, 4. – por consiguiente, no existe aquí razón para afirmar que si cumplirá obligaciones propias de la prisión domiciliaria.

El argumento que la concesión del sustituto es indispensable para hacer prevalecer en el caso particular los derechos de sus hijos menores de edad resulta cuestionable considerando que, de un lado, no puede ser formador en valores de un niño quien utilizo a otro para quitarle la vida a un semejante y, de otro, se ha dedicado a violar sistemáticamente la ley y los compromisos que adquirió con la justicia.

El hecho de que la cárcel Villahermosa tenga graves problemas de hacinamiento y que ellos haya conllevado a la declaratoria de emergencia sanitaria, no lleva a concluir que debe concedérsele como padre cabeza de familia al aquí sentenciado, pues ello sería desconocer que la finalidad de la L. 750/02 no es el mejoramiento de las condiciones en que se encuentran las personas privadas de la libertad en los establecimientos de reclusión sino el interés superior del niño.

La afirmación de que el sentenciado ya se ha resocializado y que, por ende, no requiere tratamiento intramural, resulta inadmisibles pues tal conclusión no la determina el condenado sino el juez como ejecutor valorando el comportamiento observado por aquel en la ejecución de la pena.

Así las cosas, es claro que el aquí condenado no reúne los requisitos para acceder a la prisión domiciliaria con fundamento en la L.750/02 –padre cabeza de familia- y, por ende la decisión de negar el sustituto es jurídicamente acertada.”

La Sala confirmó el auto interlocutorio que negó la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia solicitada por el sentenciado.

Rad. 006 2002 00233 01 (06 03 2017) Acta 046. M.P. Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda

BENEFICIO ADMINISTRATIVO DE PERMISO HASTA DE 72 HORAS. Calificación de buena conducta. Excepción de inconstitucionalidad. Principio de progresividad. Finalidad resocializadora de la ejecución de la pena. Frente al beneficio administrativo el hecho de que el interno haya sido sancionado disciplinariamente por faltas al interior del establecimiento carcelario no necesariamente le implica la pérdida definitiva de la posibilidad de acceder a salir de la cárcel por un determinado número de horas.

Conducta punible: Homicidio Agravado y Porte Ilegal de Armas.

Extracto:

La a quo improbió de tajó el beneficio porque no halló satisfecha la exigencia consagrada porque el aquí condenado fue sancionado disciplinariamente en cuatro oportunidades: dos en febrero de 2011 y dos en febrero de 2012.

Tal argumento resulta hoy insuficiente para negar el mencionado beneficio administrativo, por las siguientes razones:

1.- Uno de los criterios interpretativos del art. 147-5 de la ley 65/93 –con el que comulgaba quien aquí actúa como ponente- sostenía que siendo el tratamiento penitenciario uno solo no podía valorarse el comportamiento del sentenciado de manera fraccionada y, por ende, la calificación de buena conducta era exigible durante todo el periodo de reclusión como condición legal del beneficio administrativo en cuestión.

Sin embargo, con el advenimiento de la L.1709/14, tal criterio ha venido cambiando atendiendo a que el Art. 30-2 de la nueva ley flexibilizó el requisito de “buena conducta” que incluía el Art. 64 de la L.599/00 para el otorgamiento del subrogado de la libertad condicional, en cuanto lo sustituyó por el de “adecuado desempeño y comportamiento durante el tratamiento penitenciario”; proposición normativa que contempla un panorama más amplio y que faculta al Juez Ejecutor para valorar con un mayor alcance el comportamiento intramural del condenado considerando las particulares circunstancias del caso específico; la manera como se haya comportado en el campo disciplinario; como se haya desempeñado en el rol que haya asumido estudiando o trabajando como parte del proceso de resocialización (Art. 143 L.65/93) y el cambio que haya observado, visto de manera progresiva, entre un momento y otro de la vida en reclusión, aún en el caso de que en determinado tiempo su conducta no haya sido satisfactoria.

Tal variación del elemento normativo valorativo aludido, necesariamente resulta también aplicable para efectos del permiso administrativo atendiendo tanto a la finalidad del tratamiento penitenciario prevista en la L.65/93 –alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal (Art.10)- como a la teleología de la L. 1709/14 –la descongestión del sistema carcelario- y, bajo la óptica de interpretación sistemática de esas normas que gobiernan la ejecución de la pena, es claro que el legislador no puede –so pena de desconocer el concepto de unidad del derecho- establecer que el concepto de buena conducta para efectos de permitirle al sentenciado salir de la cárcel hasta por 72 horas es diferente al requisito de buena conducta para liberarlo condicionalmente.

Tal cambio legislativo permite entonces afirmar razonablemente que frente al beneficio administrativo el hecho de que el interno haya sido sancionado disciplinariamente por faltas al interior del establecimiento carcelario no necesariamente le implica la pérdida definitiva de la posibilidad de acceder a salir de la cárcel por un determinado número de horas –sin exceder de 72- porque se considere que su conducta no ha sido buena, pues aunque el concepto de “adecuado comportamiento” tiene que ver, obviamente, con las exigencias mínimas que en materia de disciplina y sometimiento a las reglas (art. 116 y 119 L.65/93) son indispensables para el mantenimiento del orden, convivencia y el respeto de los derechos en el centro de reclusión, lo cierto es que el mismo debe valorarse con sujeción al principio de progresividad y a la finalidad resocializadora de la ejecución de la pena y ello implica considerar los distintos momentos del tratamiento; el tiempo en que se cometió la falta y el cambio que, a partir de la imposición de la sanción, haya observado el interno.

Como se ve, la norma reglamentaria, en relación con las personas condenadas a más de 10 años de prisión establece en el numeral 3º una exigencia adicional que no aparece en la norma que reglamenta: que “no haya incurrido en una de las faltas disciplinarias señaladas en el Art. 121 de la L.65 de 1993”.

En relación con esta norma específica la Sala debe aplicar la Excepción de inconstitucionalidad, conforme a la cual, “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley... se aplicaran las disposiciones constitucionales” (art. 4º de la C.P.) por cuanto con la expedición de tal norma se desconoce la naturaleza y límites de la potestad reglamentaria que la Carta Fundamental (art.189-11) le asigna al Presidente de la República: “ la expedición de los decretos... necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”.

Es evidente que el aludido artículo reglamentario al establecer el mencionado requisito adicional:

a.- Desborda el límite de competencia funcional que la Constitución establece limitando la potestad reglamentaria a la necesidad que demanda la aplicación y a los límites de la propia ley materia de reglamentación (art. 147 L.65/93), es decir, estrictamente en lo que concierne a los requisitos establecidos por el legislador;

b.- Desconoce que, según la misma Constitución Política, la finalidad del Decreto expedido por el Presidente de la República en ejercicio de esa potestad es lograr la cumplida ejecución de la disposición contenida en el Art.147 de la L.65/93 en los términos que ésta contempla y, al establecerse en el Art. 1º del Cto.232/98 la nueva condición modificó e introdujo en la Ley una finalidad adicional: hacer más rígida la fase semi-abierta o de mediana seguridad para los condenados a más de 10 años de prisión y,

c.- Sustituyó al legislador pues crea una norma nueva cuyo sentido, alcance y finalidad van más allá de las previstas por el autor de la ley que consagró el permiso administrativo tantas veces mencionado como parte del tratamiento penitenciario.

Rad.012 2006 00224 01 (01 08 2017) Acta 192. M.P. Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda.

SUSPENSIÓN DE LA EJECUCION DE LAPENA. OMISION DE AGENTE RETENEDOR. Condición de servidor público a todo aquel particular a quien se le encarga la labor de recaudar tasas o contribuciones públicas.

Le corresponde a la Sala revisar la apelación sustentada por la defensa en la cual negó la suspensión de la ejecución de la pena.

Extracto:

“Descendiendo al caso que hoy ocupa la atención de la Sala, se observa que, efectivamente, la pena impuesta al señor XXXX -40 meses de prisión- no excede de los 4 años de prisión, sin embargo, el delito por el cual fue hallado responsable, OMISION DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR, está tipificado en el artículo 402 del Código Penal, enmarcado dentro del Título XV Delitos contra la administración pública y expresamente enlistado en el inciso 2 del artículo 68ª ibídem, el cual excluye a quienes cometan ese tipo de conductas de acceder a beneficios y subrogados penales como el de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, razón por la que el señor juez de primera instancia resolvió negar el instituto deprecado, situación que, a no dudarlo, impide su concesión.

Obsérvese que fue la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que le adjudicó la calidad de servidor público al señor XXXX en la sentencia de Casación sp11042-2016 radicado No 49050 aprobada en acta 243 de agosto 10 de 2016, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández, en atención a la demanda formulada por el aquí apelante y, por consiguiente, a ello debemos atenernos, sin que se admita discusión alguna al respecto, porque es el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria:

“Ha considerado la Sala que los agentes retenedores o recaudadores son particulares a los que la ley les ha conferido la realización, de manera transitoria, de una función pública, situación que los hace incurso en responsabilidad legal, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles, penales y disciplinarios, uno de los cuales concierne al aumento de término de prescripción de –una tercera parte- cuando se actúa en condición de servidor público, como lo señala en inciso 5 del artículo 83 de la ley 599 de 2000.”

En efecto, en la sentencia del 27 de julio de 2001 (radicado 30.170), éste fue el análisis de la Corte:

“De acuerdo con la doctrina constitucional antes recordada, por tanto, los agentes retenedores son particulares que están a cargo de la función pública de particulares que

están a cargo de la función pública de recaudar dineros oficiales. Es más, la decisión última mencionada es clara es adscribir la condición de servidor público a todo aquel particular a quien se le encarga la labor de recaudar tasas o contribuciones públicas.”

Rad.015 2011 00059 00 (28 02 2017) Acta 079. M.P. Dr. Roberto Felipe Muñoz Ortiz.

SUSPENSION CONDICIONAL DE LA EJECUCION DE LAPENA. Sentencia anticipada.

Conducta punible: Tráfico de Estupeficientes.

Extracto:

“A la señora xxxxxxxxxxxx –quien se sometió a sentencia anticipada por el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupeficientes Agravado- el Juzgado 2º Penal del Circuito Especializado de Cali le concedió el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena contemplado en el artículo 63 del Código Penal.

La a quo posterior a hacer un recuento de los requisitos que para la concesión del mencionado subrogado exige la Legislación –i) que la pena impuesta no exceda de cuatro años –factor objetivo-, ii) que el delito no esté enlistado en las conductas excluidas del inc. 2º del art. 68 A del C.P. –modificado por el art. 32 de la L. 1709/14- y iii) que el condenado no posea antecedentes –requisitos subjetivos-, refirió que este último presupuesto (antecedentes penales) no es insoslayable por cuanto de evidenciar el Juez en virtud a los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado que no es necesaria la ejecución de la pena, podrá suspender su cumplimiento.

La primera instancia refirió que si bien es evidente que los requisitos no se cumplen por cuanto en delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupeficientes se encuentra incluido en el art. 68 A del CP lo cual debería ser determinante y suficiente para negar el subrogado , el Legislador consecuente con la reiteración de primacía del derecho a la libertad (art. 295 CPC) ha previsto que pese a los condicionamientos de orden objetivo, se ejerza por el sentenciador un margen de discrecionalidad que permita sustraer de las reglas de control social generalizado, la situación de aquellas personas que dada la naturaleza de su entorno son susceptibles de ser autorizadas para descontar la pena de una forma lo menos gravosa posible.

Así pues, citando sentencias de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal – Rad. 42.623 del 12 de Marzo de 2014. MP. Dr. Gustavo Enrique Malo Fernández- y la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá dentro del radicado 372-2010-00440- señaló que frente a los principios de proporcionalidad y razonabilidad en armonía con las funciones de la pena, especialmente la reinserción social, permiten razonar favorablemente en pro de otorgar a la sentenciada la suspensión condicional de la ejecución de la pena, pues pese a que de tiempo atrás fue condenada por una Corte Federal de EEUU la sentencia data de antes de 2007, sumado a que cuenta con un entorno social, laboral y familiar acreditado por la defensa con el que se evidencia que cumple trabajo social como voluntaria de un grupo de acción social hospitalario ayudando a pacientes de escasos recursos y pertenece a una comunidad parroquial, lo que sumado al monto de la pena, demuestra su interés en reivindicarse con la sociedad, lo que deja entrever que no tiene una personalidad defectuosa.

Conforme a lo anterior, la a quo pese a que el delito por el que fue condenada la señora xxxxxxxxxxxx se encuentra excluido de concederle cualquier subrogado o beneficio lo concede, inaplicado la exigencia contemplada en el inciso 2 del art. 63 del C.P.”

(...)

“En ese sentido, teniendo en cuenta que la señora xxxxxxxxxxxx no tiene antecedentes penales dentro de los cinco años anteriores, se tornaba procedente aplicar los numerales 1º y 2º de la norma en cita, esto es verificar el factor objetivo en cuanto al quantum punitivo,

la carencia de antecedentes **y que el delito cometido no se encuentre enlistado en el inc. 2º del art. 68 A del CP.**

En el caso concreto ningún problema resulta frente a los dos primeros presupuesto, pues la pena impuesta fue de 4 años y la sentenciada no presente antecedentes, en el término ya mencionado, sin embargo la discusión se centra en el hecho de que pese a que el delito por el que fue condenada se encuentra excluido de subrogados y beneficios la Juez concedió a la señora xxxxxxxxxx el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, reproche en el que se centra el apelante.”

(...)

“Ahora bien, en cuanto a las demás argumentaciones del impugnante, lo cierto es que de pretender la defensa se acceda a concederle a su prohijada la acumulación jurídica de penas –haciendo referencia al tiempo que purgó en Estados Unidos- o la libertad condicional, podrá, previo acreditar el cumplimiento de los requisitos de ley, solicitarlo ante el juez que ejecutará la pena que le fue impuesta.

De conformidad con lo anotado, atendiendo entonces que los requisitos para conceder el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena están taxativamente establecidos en la Ley –Art. 63 CP-, siendo uno de ellos que el delito por el que se condena no esté enlistado dentro de las prohibiciones del art 68 A inc. 2º , lo cual no cumple la señora xxxxxxxxxx, no queda otro camino que revocar el ordinal cuarto de la sentencia recurrida para en su lugar negar el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y en consecuencia, de conformidad con lo estipulado en el artículo 188 de la Ley 600 de 2000, librarse la correspondiente **orden de captura**, de manera inmediata, para el cumplimiento de esta Sentencia.”

Rad.002 2016 00006 01 (31 07 2017) Acta 209.M.P.Dr.Juan Manuel Tello Sánchez.

RECURSO DE APELACION.. Audiencia Preparatoria. El a quo no podía conceder el recurso de apelación interpuesto contra la decisión de ordenación de las pruebas específicas a la Fiscalía cuando claramente lo que el defensor planteó es un problema de ilegalidad de los mismos pues, se repite, salvo en los casos de ilicitud de la prueba, el recurso de apelación únicamente procede contra el auto que la niega y este no es el caso aquí.”

Conducta punible: Omisión de Agente Retenedor.

Extracto:

“En la sesión de audiencia preparatoria del 19 de febrero de 2017 la fiscalía solicitó como prueba documental las declaratorias que, como agente retenedor y recaudador, presentó la señora xxxxxxxxxxxxxx correspondiente a los periodos y años fiscales ya indicados; documentos que allegará con el testigo de acreditación Alejandro Botero Cifuentes, funcionario de la DIAN.

A estas solicitudes del ente acusador se opuso la defensa con el argumento de que dichos elementos probatorios deben ser excluidos porque, según él, esas declaraciones que presentó la aquí acusada a la DIAN tienen, conforme a lo establecido en el art. 583 del Estatuto Tributario, reserva legal y como las mismas no se obtuvieron con orden del juez de control de garantías, constituyen prueba “ilícita” y, consecuentemente, el testimonio del señor Botero Cifuentes también es prueba ilícita.”

(...)

“Esta Corporación *carece de competencia* para desatar el recurso de apelación interpuesto por el defensor porque, de una parte, salvo en los eventos en que se decide sobre la exclusión probatoria, cualquiera sea la determinación del juez, contra el auto que decreta la prueba no procede dicho recurso y, de otra, dado que el recurrente plantea claramente

un problema de ilegalidad de los medios de prueba documentales decretados a la Fiscalía y no de ilicitud de los mismos, no es la figura de la exclusión la que opera como equivocadamente lo sostiene el censor y lo entendió el a quo, razón por la que éste no podía conceder el aludido recurso vertical pues para la fecha en que tomó la determinación hacía más de 8 meses se encontraba vigente la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que le impone al juez el deber jurídico de rechazar el recurso de apelación contra el auto que ordena las pruebas cuando la parte pide la exclusión de ellas con argumentos de ilegalidad y no de ilicitud.” ...

(...)

. “La única excepción que opera frente a la limitación del recurso de apelación cuando se trata del decreto probatorio indistintamente de la decisión adoptada, es en los eventos de con **exclusión del medio de prueba por haber sido obtenidos violación de garantías fundamentales** como la confesión obtenida mediante tortura o la utilización del contenido de las comunicaciones entre el defensor y el procesado, por citar sólo unos ejemplos.

Es evidente que en el caso que no ocupa los argumentos del defensor no están referidos a la ilicitud de la prueba; sus alegaciones se circunscriben a la “*ilegalidad*” de la prueba documental decretada a la Fiscalía.

Según el recurrente, las declaraciones sobre recaudo del IVA y retefuente que –en formulario especial elaborado por la DIAN- presentó la aquí procesada a la misma entidad, son documentos privados que aluden a la relación comercial entre ella y otros comerciantes que se encuentran amparadas por la reserva comercial que consagra el art. 583 del Estatuto Tributario y que, por ende, su recaudo necesariamente debió tener control judicial del juez de garantías como condición que exige el actual sistema procesal penal establecido en la L. 906/04 y esto no se hizo.

Es indiscutible que tal argumento del defensor, tiene que ver con las condiciones legales de formación de la prueba y no con la vulneración de derechos fundamentales, motivo por el que resulta evidente que la solicitud de exclusión probatoria que hace el libelista es jurídicamente inadmisibles pues la apoya única y exclusivamente en argumentos de legalidad; aspecto en relación con el cual la jurisprudencia es enfática en:

“(...) la necesidad de que los jueces controlen adecuadamente la solicitud de pruebas y sus efectos, pues es factible que las partes acudan a mecanismo de exclusión para evadir la limitación del recurso de apelación que aquí ha quedado claro existe frente a la impugnación de autos que resuelven sobre peticiones probatorias.

Al efecto, se debe precisar que el **tema de exclusión necesariamente está vinculado con la vulneración de derechos fundamentales**, dentro del escenario de **la prueba ilícita y no apenas la ilegalidad**, lo que obliga de quien se opone a ella presentar una argumentación dirigida exclusivamente a demostrar la vulneración de tales garantías.

De no ocurrir así, ha de resaltarse, que **al juez le compete rechazar de plano la argumentación y la petición que alrededor de ella se eleve**, acorde con lo establecido en el ordinal primero del artículo 139 de la Ley 906 de 2004, dada la abierta improcedencia de lo solicitado”.

En este orden de ideas, el a quo no podía conceder el recurso de apelación interpuesto contra la decisión de ordenación de las pruebas específicas a la Fiscalía cuando claramente lo que el defensor planteó es un problema de ilegalidad de los mismos pues, se repite, salvo en los casos de ilicitud de la prueba, el recurso de apelación únicamente procede contra el auto que la niega y este no es el caso aquí.”

La Sala se abstuvo de resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa.

Rad.199 2010 02342 00 (21 06 2017) Acta 149. M.P. Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION. Prórroga. Requisitos.

El apoderado allegó memorial solicitando se le prorrogue el término legal por el doble estatuido para sustentar la demanda de casación aduciendo que no conoce la actuación porque no actuó como defensor en ninguna de las etapas.

Extracto:

El 10 de Julio de 2017 el Dr. Torres allegó memorial solicitando se le prorrogue el término legal por el doble estatuido para sustentar la demanda de casación aduciendo que no conoce la actuación porque no actuó como defensor en ninguna de sus etapas, que recientemente se le asignó el caso como Defensor Público y debido a la cantidad de cuadernos -40 originales- a la complejidad del asunto y a las demás actividades que tiene a su complejidad del asunto y a las demás actividades que tiene a su cargo como la Docencia , requiere de la ampliación del plazo.

Pues bien, esta Sala debe despachar desfavorablemente la solicitud elevada por el Dr. Torres Gómez, pues no se encuentra debidamente justificada las exculpaciones del petente, ni se avizora una causa grave para acceder a prorrogar el término para sustentar el recurso de casación, como lo indica el artículo 163 del CPP que reza: “**Prórroga**. Los términos legales o judiciales no pueden ser prorrogados sino a petición de los sujetos procesales, realizada antes de su vencimiento, **por causa grave y justificada**”. Negrilla de la Sala.

Rad.002 2010 00193 00 (11 07 2017) Acta 191. M.P. Dr. Juan Manuel Tello Sánchez.

.....

ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS. Para la época de los hechos, todos eran menores de edad, tanto indiciados como víctima. Extinción de la acción penal por prescripción por el delito de Actos Sexuales con Menor de 14 Años.

El señor D R G presentó denuncia penal en contra de los señores M A C y J H G P por el presunto delito de acceso carnal con menor de 14 años por hechos ocurridos el 5 de mayo de 2004, cuando fue objeto de maniobras sexuales por los mencionados, sientos todos menores de edad.

Extracto:

“Como se anotó en precedencia, el Juzgado de primera instancia pasó por alto que de la denuncia presentada por el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx se extrae con claridad, que también se denuncian maniobras sexuales que se adecuan al delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS, ya que se hace alusión a que los denunciados obligaron a la víctima a realizar prácticas de sexo oral.

Bajo ese entendido, le correspondía al JUZGADO TERCERO PENAL PARA ADOLESCENTES CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO determinar si debía continuarse la investigación por éste delito, o por el contrario declarar la prescripción de la acción penal, como aconteció con el delito de Actos Sexuales con Menor de 14 años.

Análisis que abordará ésta Corporación, pues no pueden desconocerse los términos de la denuncia presentada, y la obligación de la administración de justicia de investigar en debida forma las conductas punibles allí referidas, a fin de garantizar a las víctimas sus derechos a la verdad, justicia y reparación.

Así pues, la conducta punible de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS, contenido en el artículo 208 del Código Penal la cual dispone:

“El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses”.

De conformidad entonces a lo dispuesto en el artículo 83 del Código Penal, la acción penal del delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS tiene un término de prescripción de 12 años (144 meses), atendiendo que es la pena máxima fijada por el Legislador.

Para el caso concreto, debe decirse que al no existir claridad respecto a la fecha de los hechos, no puede predicarse que ésta conducta punible se encuentra prescrita, correspondiendo al Juez de Primera Instancia determinar a ciencia cierta tal circunstancia, a fin de adoptar las decisiones que en derecho corresponde.

Y es que no puede perderse de vista que si los hechos tuvieron ocurrencia desde el mes de mayo de 2005, y fue sometido por espacio de 6 meses a prácticas sexuales, como lo indica el A-quo en la providencia de primera instancia, se tendría que los hechos se desplegaron entre el mes de mayo y noviembre de 2005. Lo que significa que el último acto desplegado aún no ha prescrito, pues no han transcurrido 12 años desde esa fecha.

Análisis que variaría, en el evento que se demuestre que los hechos acontecieron en el año 2004, motivo por el cual considera ésta Sala que es deber del Juez de Primera Instancia adelantar las investigaciones pertinentes a fin de determinar la fecha real de ocurrencia de los hechos, para así tomar las decisiones que en derecho correspondan respecto al delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS.

Por lo anteriormente expuesto, se ORDENARÁ al JUZGADO TERCERO PENAL PARA ADOLESCENTES CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE CALI, continuar con la investigación por el delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS en contra de los señores xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, para que adopte las decisiones que en derecho corresponden respecto a ésta conducta punible.”

Aclaración de Voto: “Considero que las indicaciones que se hacen respecto al trámite surtido en segunda instancia, son netamente apreciaciones del Ponente y no de la Sala en cuanto a la decisión adoptada por la Sala Mixta, que simplemente determinó a qué unidad judicial le correspondía resolver el asunto, pero no ahondó en el procedimiento como tal ni tampoco en el respecto de las garantías constitucionales aplicables por los jueces naturales del asunto.”

Rad. 76364 6000 177 2015 00677 01 Acta No. 116 (20-04-2017) M.P. Dr. Orlando Echeverry Salazar.

Aclaración de Voto: Dra. Gloria Montoya Echeverri

TUTELAS

ACCION DE TUTELA. Carencia actual de objeto por hecho superado. Procedencia excepcional de la Acción de tutela contra providencia judicial que resuelve incidente de desacato. Libertad personal. Buen nombre. Familia. Derecho del niño. Principio de favorabilidad. Acceso a justicia. Debido proceso.

Pretende la accionante que se decrete la nulidad de todas las sanciones impuestas por desacato.

Extracto:

“De acuerdo al planteamiento del problema jurídico, la Sala debe determinar si en el presente caso se evidencia el fenómeno de la carencia actual de objeto por hecho superado, atendiendo a la providencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en la Acción de Habeas Corpus propuesta por la aquí accionante, en caso de encontrarlo así, la Sala abstendrá de resolver el fondo del asunto pues las circunstancias fácticas del caso han desaparecido. “

(...)

De lo anterior comprueba esta corporación que la situación alegada por la accionante fue superada. En efecto, mediante la Acción de Habeas Corpus accedieron a lo que pretendía de manera subsidiaria con la presente acción de tutela, lo que conlleva a afirmar que la vulneración de sus derechos fundamentales a la libertad personal, buen nombre, familia y derechos del niño, desapareció.

De acuerdo con lo dicho hasta el momento, según la jurisprudencia constitucional, las decisiones de tutela pueden, eventualmente, carecer de supuestos fácticos sobre los cuales pronunciarse. En esos eventos, puede ocurrir uno de dos fenómenos. El primero es la carencia actual de objeto por daño consumado y el segundo, por hecho superado.

En la segunda hipótesis, la que ocupa la atención de la Sala, el juez constitucional no está obligado a pronunciarse sobre el fondo del asunto, pues el hecho vulnerador desapareció y no existen motivos que justifiquen remedios judiciales distintos a la conducta de la entidad o particular demandada.

De ahí que el presente caso denota, a todas luces, que la situación fáctica sobre la cual se podría pronunciar la Sala, desapareció. El hecho vulnerador fue superado. En efecto, por la decisión tomada en la Acción de Habeas Corpus, se evidencia que las pretensiones de la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx ya se encuentran satisfechas dado que se suspendieron los efectos jurídicos de las decisiones de arresto proferidas en su contra, en calidad de Directora Departamental del Régimen Subsidiado de la Regional occidente de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx EPS.

Ahora bien frente a las demás pretensiones encaminadas a decretar la nulidad de las sanciones impuestas, debe tenerse en cuenta la excepcionalidad de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales que deciden un incidente de desacato como son: i) que esté debidamente ejecutoriada la providencia, ii) que concurren todas las causales genéricas y iii) que se configure por lo menos una de las causales específicas o defectos graves, respetando en todo caso el alcance y las órdenes de la sentencia de tutela presuntamente incumplida.

De acuerdo a lo narrado, es evidente que la presente acción se torna improcedente, teniendo en cuenta que lo que pretende la accionante con esta acción es que el juez constitucional revise si existió o no una indebida notificación al interior de los incidentes de desacatos tramitados en su contra, cuando ni siquiera ella probó ante esta instancia que tales irregularidades las había alegado ante los jueces que conocieron de los incidentes de desacato, es decir no demostró haber agotado los recursos ordinarios que tiene a su disposición para salvaguardar los derechos presuntamente vulnerados, luego el juez de tutela no puede intervenir al interior de un trámite incidental para emitir ordenes de este tipo ni mucho menos revivir etapas que ya están clausuradas, pues de ser así desplazaría al juez natural de su competencia y más cuando estamos frente a incumplimientos de fallos de tutelas.

Ahora bien, si lo que pretende es alegar alguna irregularidad en el trámite incidental, lo debe hacer, en primera medida ante el Juez natural que con observancia del procedimiento establecido decidirá la misma, puesto que querer acudir directamente al juez constitucional desconocería el objeto para el cual fue creado este mecanismo excepcional, pues recuérdese que el artículo 86 de la Constitución dispone que esta *“acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*.

Así las cosas, en el presente asunto no se cumple con el requisito de subsidiariedad, dado que la gestora cuenta con la opción de exponer las irregularidades que aquí alega ante los jueces que conocieron los incidentes de desacato, solicitando un pronunciamiento, lo que constituye un medio de defensa idóneo. Además de lo anterior, debe agregarse que según los pronunciamientos de las autoridades accionadas, las sanciones datan desde hace más de seis meses, lo que demuestra que tampoco se cumple con otro requisito de procedibilidad de la acción de tutela como lo es, la inmediatez.

Acorde con las razones expuestas, la Sala declarará la carencia actual de objeto respecto a los derechos fundamentales a la Libertad Personal, Buen nombre, familia y derechos del niño; con relación a los derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia, debido proceso y garantías legales negará el amparo solicitado.

Rad.000 2017 00193 00 (26 04 2017) Acta 042.M.P.Dr. Flavio Eduardo Córdoba Fuertes.

ACCION DE TUTELA. No procede contra actos administrativos. Pensión de vejez. Reducción de mesada pensional en cumplimiento a sentencia judicial.

Se confirma la sentencia del 8 de mayo de 2017 proferida por el juzgado 18 penal del circuito de esta ciudad en la que se negó la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital e igualdad invocados por el ciudadano XXXX en contra Colpensiones.

“El arriba mencionado ciudadano, quien tiene 68 años de edad, pidió al juez constitucional la protección de los aludidos derechos fundamentales, los cuales considera vulnerados por la también referida entidad porque, en síntesis:

Mediante resolución GN-236207 Colpensiones le reconoció la pensión de vejez en una cuantía de \$1.219.024, la cual se hizo efectiva a partir del 1 de octubre de 2013.

No obstante, como quiera que antes de que le fuera reconocido el aludido derecho a la pensión, había presentado una demanda ordinaria laboral en procura precisamente del reconocimiento del mismo, el 24 de octubre de 2013 el juzgado 15 laboral del circuito de esta ciudad, profirió sentencia en la que le reconoció el derecho a la pensión pero en una cuantía inferior a la ya reconocida por Colpensiones.

Teniendo en cuenta que le era mucho más favorable la mesada pensional reconocida por Colpensiones, nunca solicitó el cumplimiento de dicha sentencia; sin embargo, la accionada mediante resolución SUB 5650 del 10 de marzo de 2017 dispuso dar cumplimiento al mencionado fallo judicial y, por consiguiente, redujo su mesada pensional de \$1.455.446 a \$981.799; mesada que aplicándole los respectivos descuentos le termina quedando en 318.837, con lo cual no puede satisfacer su congrua sentencia.

Por consiguiente, solicita que se ordene a Colpensiones dejar sin efectos la resolución 5650 del 10 de marzo de 2017, mediante la cual desmejoró su mesada pensional y, por ende, le pague las deducciones hechas de manera arbitraria.”

(...)

“La jurisprudencia de la corte constitucional ha señalado que la acción de tutela resulta procedente a pesar de que existan otros medios de defensa judicial cuando con ella se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable, entendido este como un daño inminente y grave, pero, en tal caso, el accionante tiene la carga de demostrar tal situación o, de lo contrario, debe concluirse que la acción es improcedente porque el actor cuenta con la posibilidad de acceder a la justicia ordinaria.

En el caso sub examine, no obra en el plenario prueba alguna tendiente a demostrar la configuración de un perjuicio irremediable que permita al juez de tutela inferir la posible afectación del mínimo vital del actor pues, aunque este indica que la reducción de su mesada pensional afecta su congrua subsistencia, lo cierto es que no concreto con razones serias y fundadas la ciencia de su dicho.

Además, tal como lo concluyo el a quo, la reducción de la mesada pensional del accionante obedeció a una conducta arbitraria o caprichosa de Colpensiones, sino por el contrario, al cumplimiento de una sentencia judicial que se profirió precisamente en respuesta a la demanda que aquel interpuso en procura del reconocimiento del derecho a la pensión.”

La Sala confirmó el fallo que negó la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital e igualdad.

Rad. 018 2017 0002801 (09 08 2017) Acta 200. M.P. Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda

ACCION DE TUTELA. Nulidad. Integración de contradictorio. Debido proceso. Derecho a la educación. Bajo Rendimiento Académico. Autonomía universitaria.

Extracto:

En el caso sub examine se evidencia que se ha incurrido en error que tiene relación directa con la indebida integración del contradictorio por cuanto el Dr. Luis Eduardo Torres Ramírez, atacó vía tutela, entre otros aspectos, la decisión proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, adoptada mediante Auto Interlocutorio N° 258 del 27 de Abril de 2017, MP. Dr. Cesar Augusto Saavedra Madrid, en la que se dejó sin efecto los Autos N°s.472 y 818 del 13 de Diciembre de 2016 proferidas por esa misma Corporación, pero bajo ponencia distinta, del entonces H. Magistrado Dr. Fernando Guzmán García, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que instauró la Accionante xxxxxxxxxxxx , pretendiendo la nulidad de los oficios N°s 0.200.0220.0-458-2016 del 12 de Mayo de 2016 y 0.200.0201.175.2016 del 12 de Julio del 2016, **mismos cuya inaplicación pretende se declare por parte del Juez Constitucional en el presente trámite, sin embargo la Sala de Decisión del Tribunal Contencioso Administrativo que adoptó la decisión en comento, no fue vinculada como litis consorte necesario al trámite constitucional.**

Así las cosas, al no vincularse al trámite de tutela a la entidad referida no solo se le dejó sin posibilidad de intervención y defensa, sino que además impide que el Juez constitucional logre establecer realmente los hechos en que se funda la demanda de tutela, con base en lo cual decide amparar o no los derechos fundamentales de la Accionante. Por lo tanto, al no vincularla el a quo le sesgó la posibilidad de que ejerciera su derecho de defensa y que además **otorgara información relevante para la decisión del asunto puesto a consideración.**

Por tanto, como no puede eludirse su participación ni la importancia de su intervención en el presente asunto, debe concluirse que el a quo está en la obligación de notificarla de la demanda de tutela para que en ejercicio de su derecho de contradicción intervenga en el transcurso del trámite y exponga sus argumentos acerca de la solicitud reclamada; por lo que la irregularidad así detectada **constituye causal de nulidad que invalida la actuación.**

En virtud de lo anterior, esta Sala declarará la nulidad de las actuaciones, inclusive, desde el Auto N° 092 del 17 de Mayo de 2017, por medio del cual se admitió la demanda constitucional, con la acotación que permanecerán incólumes las pruebas recaudadas y toda vez que se debe vincularse a la Sala de Decisión del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, que profirió el Auto Interlocutorio N° 258 del 27 de Abril de 2017, MP. Dr. Cesar Augusto Saavedra Madrid, para que pueda ejercer su derecho de defensa, por tener interés legítimo en la actuación.

Rad. 16 2017 00029 01 Acta No. 196 M.P. Dr., Juan Manuel Tello Sánchez.

.....

ACCIÓN DE TUTELA. Agente oficiosa. Violencia Intrafamiliar. El estado de privación de la libertad no constituye impedimento u obstáculo para que en su propio nombre ejercite la acción preferencial.

Salvamento de Voto: Las personas privadas de la libertad se encuentran en situación de debilidad manifiesta, derivada de la relación de sujeción especial con el Estado,

Extracto:

“Explica que el día de los hechos por su estado de ira y frente a los reclamos que le hacía su esposo, le dijo a los policías que este le había pegado a ella y a uno de los niños, sin embargo tal acontecer no es cierto, habiendo procedido a dar esa versión, para que lo llevaran a la Estación de Policía y lo calmaran.

Que nunca presentó denuncia en contra de su esposo, pues itera que lo ocurrido fue una simple discusión, no obstante se ha enterado que va ser llevado a la cárcel por el delito de violencia intrafamiliar.

Así pues, considera que la privación de la libertad de su esposo es injusta, máxime que ni fue escuchada y no presentó denuncia contra él.

Lo que se advierte es que la interpone en representación de su esposo xxxxxxxxxxxxxxxx, siendo ésta la persona directamente afectada por la actuación preliminar adelantada por los despachos judiciales accionados, no vislumbrándose el cumplimiento de los presupuestos de agencia oficiosa para que la accionante intervenga en ésta acción en su representación.

Ello por cuanto que sólo el titular del ó los derechos, que se consideran han sido desconocidos por la acción u omisión de cualquier autoridad, incluso por un particular, podrá demandar en sede de Tutela, salvo que se encuentre impedido física o psíquicamente para hacerlo en su propio nombre, o cuando aún no teniendo obstáculo alguno, y dígase que el ser recluso no lo es, otorgue poder expreso a un profesional del derecho para ese menester que ha de entenderse, no corresponde al mandato que en su momento se haya otorgado para ejercer dentro del proceso, para el caso, de naturaleza penal.

Dicho de otra manera, el estado de privación de la libertad del directamente afectado no es impedimento para que acciones en su propio nombre pues, en ese evento tendrá que radicar el escrito de tutela en la Oficina jurídica del reclusorio, para que ésta a su vez haga lo propio ante las instancias judiciales.

Son estas las razones que motivan a la Sala Penal a concluir que la señora xxxxxxxxxxxxxxxx no está facultada para instaurar Acción de Tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política , pues no acreditó las calidades de agente oficiosa, siendo en ese caso el señor xxxxxxxxxxxxxxxx, su compañero permanente, quien debe instaurar la respectiva acción de tutela, ó en su defecto otorgar poder a un profesional para que lo asesore y accione en su nombre pues, se ha dicho con claridad, el estado de privación de la libertad no constituye impedimento u obstáculo para que en su propio nombre ejercite la acción preferencial.”

Salvamento de Voto: “En atención a lo consignado por la Corte Constitucional en Sentencia SU 055 de 2015, en la que hace alusión a las condiciones para que se configure la agencia oficiosa se hace necesario que el afectado se encuentre en estado de vulnerabilidad extrema, circunstancias de debilidad manifiesta o de especial sujeción constitucional, y bajo el entendido que las personas privadas de la libertad se encuentran en situación de debilidad manifiesta, derivada de la relación de sujeción especial con el Estado, se hace necesario reconsiderar lo indicado en providencias anteriores, para aceptar la representación a través de la agencia oficiosa, en eventos en los que se reclama la protección de derechos fundamentales de quien tiene restringida su locomoción, como ocurre en este evento.”

Rad. 000 2017 00700 00 (19 07 2017) Acta 201. M.P. Dr. Orlando Echeverry Salazar.

Salvamento de Voto: Dr. Leoxmar Benjamín Muñoz Alvear

ACCION DE TUTELA. Debido proceso, Igualdad e Identidad cultural. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Accionantes pretenden por la vía de la acción de tutela cuestionar la decisión del juez mediante la cual les negó el cambio de reclusión conforme a su calidad de indígenas.

Extracto:

“Precisó el accionante que el 22 de febrero de 2017 fueron capturados en zona urbana de Yumbo por el presunto delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes los señores xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, quienes pertenecen a la comunidad indígena “NASA KIWE TEKH KSXAW” de municipio de Santander de Quilichao – Cauca.

Al siguiente de su aprehensión , señaló el actor, fueron puestos a disposición del Juez Primer Penal Municipal de Yumbo, quien realizó las audiencias preliminares y les impuso medida de aseguramiento en centro carcelario, desconociendo tanto el Juez como el Fiscal 156 de Yumbo la calidad especial de indígenas de los imputados, lo que a su juicio ha violado las garantías y derechos de los señores xxxxxxxxxx y xxxxxxxx , dado que se encuentran recluidos el primero de ellos en la estación de policía de Yumbo y la segunda en el Complejo Carcelario de ERON Jamundi.”

(...)

“En el caso de estudio, se establece que el accionante pretende por esta vía cuestionar la decisión del Juzgado Segundo Penal Municipal de Yumbo del 27 de junio de 2017, mediante la cual negó el cambio del sitio de reclusión de los señores xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, conforme a su calidad de indígenas, hasta el Centro de Armonización “la esmeralda” de propiedad del resguardo indígena “NASA KIWE TEKH KSXAW” en el municipio de Santander de Quilichao- Cauca.

Sea lo primero indicar que los señores xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, en ningún momento han cuestionado el juzgamiento al cual se han visto sometidos a la justicia ordinaria, en razón a los hechos acaecidos el 22 de febrero de 2017, en donde se les halló en su poder 270.000 gramos de sustancia positiva para cannabis y derivados, razón por la cual la Fiscalía les imputo los cargos de Tráfico de Estupefacientes y la Juez Primera Penal Municipal de Yumbo EL 23 de febrero de la calenda les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario.”

(...)

Conforme a lo anterior el Juez negó la petición de cambio de sitio de reclusión de los procesados, pues dentro de la sustentación realizada por su abogado defensor no se acreditó que la máxima autoridad o gobernador del resguardo indígena al cual pertenecen “NASA KIWE TEKH KSXAW”, se comprometiera a que la medida se cumpla dentro de su territorio; así mismo no se garantizó que dentro de las instalaciones del Centro de Armonización “la esmeralda” se tuviera la infraestructura necesaria para trasladar a los procesados desde dicho sitio en el municipio de Santander de Quilichao – Cauca hasta las instalaciones del Juzgado de Conocimiento en la ciudad de Cali- Valle , cuando fueran requeridos.

Por lo expuesto esta Sala considera que la decisión censurada es razonable y está debidamente sustentada, sin que se vislumbre capricho o contradicción con el ordenamiento jurídico, dado que el principio de autonomía de la función jurisdiccional (artículo 228 de la Carta Política) impide al juez de tutela inmiscuirse en providencias como las controvertidas, sólo porque la parte actora no las comparte o tiene una comprensión diversa a la concretada en dichos pronunciamientos, sustentados con criterio razonable a partir de los hechos probados y la interpretación normativa que regula el tema.

Aunado a lo anterior se resalta la inactividad del hoy accionante y quien funge como apoderado judicial de los procesados dentro del trámite penal, quien conocedor del derecho y a pesar de ser debidamente notificado en estrados de la decisión del Juez Segundo Penal Municipal de Yumbo el 27 de junio de 2017, se abstuvo de interponer el recurso de apelación, siendo aquella la vía ordinaria por medio de la cual podría cuestionar la decisión del Juez de instancia, y plantear los cuestionamientos que llevaron a negar la petición de cambio de sitio de reclusión, por lo que existiendo medios jurídicos a su alcance voluntariamente no acudió a esa vía judicial, para ahora pretender que por vía directa se conceda su requerimiento.

Así las cosas, resulta evidente que lo pretendido por el accionante xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx con esta acción no es otra cosa que poner a consideración del Juez Constitucional un debate ya surtido en las instancias correspondientes con las garantías legales y constitucionales, como si se tratase de una segunda o tercera instancia, desconociendo el carácter residual y subsidiario de este mecanismo de amparo. Sobre todo cuando en este caso particular el accionante no presenta ningún defecto judicial capaz de constituir una vía de hecho o alguna circunstancia que reclame protección constitucional inmediata ajena a cualquier otro medio judicial de amparo.

Por lo tanto, insiste la Sala en el carácter residual y subsidiario de la tutela, que impone recurrir a este mecanismo ágil y sumario solo cuando se hayan agotado todos los recursos internos o externos del proceso. En ese orden, está vedado al juez de tutela, hacer un pronunciamiento como el que reclama el accionante. Razón para declarar la improcedencia de la acción de tutela, por lo que se negará el amparo constitucional invocado, al no cumplirse los presupuestos requeridos para la procedibilidad de la acción constitucional en contra de providencias judiciales, y sin acreditarse ningún defecto judicial capaz de constituir una vía de hecho o alguna circunstancia que reclame protección constitucional inmediata.

Por otro lado debe indicar la Sala que ante la consideración de acierto de la decisión judicial cuestionada, si la defensa estima que aún existe la posibilidad de reclamación del derecho a la identidad cultural de los señores xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, bien puede acudir como ya lo hizo al Juez de la competencia, con todos los requisitos que depara el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, dado que la actuación judicial se encuentra en trámite. Teniendo en consecuencia aun en la actuación la oportunidad de demostrar los elementos personales, territoriales e institucionales u orgánicos que hacen precedente o no la aplicación de la jurisdicción indígena o el cumplimiento de la medida impuesta en el aludido cabildo y formular peticiones en tal sentido.”

La Sala negó por improcedente el amparo constitucional impetrado.

Rad. 000 2017 00826 00 (31 08 2017) Acta 149.M.P. Dr. Carlos Antonio Barreto Pérez.
